



29  
Cour suprême  
du Canada

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 1999 Vol. 2**

**1<sup>er</sup> cahier, 1999 Vol. 2**

**Cited as [1999] 2 S.C.R. 3-202**

**Renvoi [1999] 2 R.C.S. 3-202**

---



## NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are asked to take note that applications for leave to intervene under Rule 18 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* will be dealt with as follows.

The deadline for applying for leave to intervene is sixty days from the filing of the notice of appeal or reference: Rule 18(2).

Once the sixty-day period expires, the Registrar will submit to the *rota* judge all applications for intervention that have been filed within the deadline. These applications will then be determined together as provided for in the *Rules*.

The deadline will be strictly enforced and motions for leave to intervene filed outside the time limit set out in Rule 18(2) may be expected to fail, absent extraordinary circumstances.

Proposed interveners are reminded that they are required by Rule 18(3) to describe their interest in the appeal or reference and to identify the position they will take. Further, proposed interveners are required to set out the submissions to be advanced, their relevancy to the appeal or reference and the reasons for believing that these submissions will be useful to the Court and different from those of the parties.

Proposed interveners are requested, in their application, to state precisely the point in the intervention that is likely to be different from those likely to be made by parties or other interveners.

Proposed interveners are also reminded that, unless otherwise ordered, an intervener shall not present oral argument: Rule 18(5)(c).

The strict enforcement of Rule 18 will ensure that the interests of both parties and interveners are safeguarded.

For further information, please contact Louise Meagher, Deputy Registrar, at (613) 996-8666.

## AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour sont priés de noter que les demandes d'autorisation d'intervenir fondées sur l'article 18 des *Règles de la Cour suprême du Canada* seront traitées de la façon suivante.

Les demandes d'autorisation d'intervenir doivent être déposées dans les soixante jours suivant le dépôt de l'avis d'appel ou de renvoi: paragraphe 18(2).

Après l'expiration de ce délai, le Registraire soumet au juge de service toutes les demandes déposées dans le délai imparti. Celles-ci sont ensuite décidées ensemble, conformément aux *Règles*.

Le délai est appliqué de façon stricte et, sauf circonstances exceptionnelles, les requêtes en intervention déposées après l'expiration du délai prévu au paragraphe 18(2) seront vraisemblablement rejetées.

Nous rappelons à ceux qui souhaitent intervenir dans une instance qu'ils doivent, conformément au paragraphe 18(3), exposer l'intérêt qu'ils ont dans l'appel ou le renvoi, de même que la position qu'ils prendront. Ils doivent en outre énoncer les arguments qu'ils avanceront, leur pertinence dans l'appel ou le renvoi et les raisons qui les amènent à croire que ces arguments seront utiles à la Cour et différeront de ceux des autres parties.

Ils doivent, dans leur demande, préciser l'aspect de leur intervention qui diffèrera vraisemblablement des arguments qui seront probablement avancés par les parties ou les autres intervenants.

Nous leur rappelons également que, sauf ordonnance contraire, les intervenants ne peuvent plaider: alinéa 18(5)c).

L'application stricte de l'article 18 protège les intérêts des parties et des intervenants.

Toutes questions concernant le présent avis peuvent être adressées à Louise Meagher, registraire adjoint, au (613) 996-8666.

ANNE ROLAND  
REGISTRAR      REGISTRARE

August 1999  
Revised — August 26, 1999

Août 1999  
Révisé — Le 26 août 1999



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor  
ODILE CALDER

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk  
MANON PLOUFFE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1999.

---

## CONTENTS

### M. v. H. .... 3

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Definition of "spouse" — Family Law Act extending right to seek support to members of unmarried opposite-sex couples — Whether failure to provide same rights to members of same-sex couples infringes right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.

Family law — Spousal support — Definition of "spouse" — Family Law Act extending right to seek support to members of unmarried opposite-sex couples — Whether failure to provide same rights to members of same-sex couples infringes right to

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

Arrêtiistes  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Commis au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1999.

---

## SOMMAIRE

### M. c. H. .... 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Définition de «conjoint» — Droit de demander des aliments conféré par la Loi sur le droit de la famille aux membres des couples de sexe différent non mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 29.

Droit de la famille — Obligation alimentaire entre conjoints — Définition de «conjoint» — Droit de demander des aliments conféré par la Loi sur le droit de la famille aux membres des

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS (Concluded)**

equality guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.

## **SOMMAIRE (Fin)**

couples de sexe différent non mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 29.

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 2, 1999**

**2<sup>e</sup> volume, 1999**



**The Attorney General for  
Ontario** *Appellant*

v.

**M.** *Respondent*

and

**H.** *Respondent*

and

**The Foundation for Equal Families, the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF), Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE), the Ontario Human Rights Commission, the United Church of Canada, the Evangelical Fellowship of Canada, the Ontario Council of Sikhs, the Islamic Society of North America, Focus on the Family and REAL Women of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: M. v. H.

File No.: 25838.

1998: March 18; 1999: May 20.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Definition of "spouse" — Family Law Act extending right to seek support to members of unmarried opposite-sex couples — Whether failure to provide same rights to members of same-sex couples infringes right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.*

*Family law — Spousal support — Definition of "spouse" — Family Law Act extending right to seek support to members of unmarried opposite-sex couples*

**Le procureur général de l'Ontario** *Appelant*

c.

**M.** *Intimée*

et

**H.** *Intimée*

et

**La Foundation for Equal Families, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ), Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE), la Commission ontarienne des droits de la personne, l'Église unie du Canada, l'Evangelical Fellowship of Canada, l'Ontario Council of Sikhs, l'Islamic Society of North America, Focus on the Family et REAL Women of Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: M. c. H.

N° du greffe: 25838.

1998: 18 mars; 1999: 20 mai.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Définition de «conjoint» — Droit de demander des aliments conféré par la Loi sur le droit de la famille aux membres des couples de sexe différent non mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 29.*

*Droit de la famille — Obligation alimentaire entre conjoints — Définition de «conjoint» — Droit de demander des aliments conféré par la Loi sur le droit de*

— *Whether failure to provide same rights to members of same-sex couples infringes right to equality guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.*

M. and H. are women who lived together in a same-sex relationship beginning in 1982. During that time they occupied a home which H. had owned since 1974. In 1982, M. and H. started their own advertising business. The business enjoyed immediate success and was the main source of income for the couple during the relationship. H.'s contribution to this company was greater than that of M. In 1983, M. and H. purchased a business property together. In 1986, they purchased as joint tenants a vacation property in the country. They later sold the business property and used the proceeds to finance the construction of a home on the country property. As a result of a dramatic downturn in the advertising business in the late 1980s, the parties' debt increased significantly. H. took a job outside the firm and placed a mortgage on her home to pay for her expenses and those of M. By the fall of 1992, M. and H.'s relationship had deteriorated. M. left the common home and sought an order for partition and sale of the house and other relief. M. later amended her application to include a claim for support pursuant to the provisions of the *Family Law Act* ("FLA"), and served notice of a constitutional question challenging the validity of the definition of "spouse" in s. 29, which includes a person who is actually married and also "either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited . . . continuously for a period of not less than three years". Section 1(1) defines "cohabit" as "to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage". The motions judge held that s. 29 of the *FLA* offends s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that it is not saved by s. 1. She declared that the words "a man and woman" were to be read out of the definition of "spouse" in s. 29 and replaced with the words "two persons". H. appealed the decision and was joined in the appeal by the Attorney General for Ontario. The Court of Appeal upheld the decision, without costs, but suspended implementation of the declaration of invalidity for one year, to give the Ontario legislature time to amend the *FLA*. Neither M. nor H. appealed this decision. Leave to appeal to this Court was ultimately granted to the Attorney General for Ontario on the condition that M.'s costs were to be paid regardless of the outcome. M. was also granted the right to cross-appeal with respect to the Court of

*la famille aux membres des couples de sexe différent non mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 29.*

M. et H. sont deux femmes qui ont fait vie commune à partir de 1982. Au cours de cette période, elles ont occupé une maison que H. possédait depuis 1974. En 1982, M. et H. ont mis sur pied leur propre agence de publicité. L'entreprise a connu un succès rapide et a été la principale source de revenus du couple au cours de l'union. La contribution de H. à cette entreprise était supérieure à celle de M. En 1983, M. et H. ont acheté ensemble un bien d'entreprise. En 1986, elles ont acquis à titre de copropriétaires une propriété de vacances à la campagne. Elles ont par la suite vendu le bien d'entreprise et ont utilisé le produit de la vente pour financer la construction d'une maison sur la propriété à la campagne. Par suite d'un fléchissement marqué du marché de la publicité à la fin des années 80, les parties se sont considérablement endettées. H. a pris un emploi à l'extérieur de l'entreprise et a hypothéqué sa maison pour payer ses dépenses et celles de M. À l'automne 1992, les rapports entre M. et H. s'étaient détériorés. M. a quitté la maison du couple et a sollicité une ordonnance de partage et de vente de la maison ainsi que d'autres mesures de réparation. M. a par la suite modifié sa demande pour y inclure une demande d'aliments conformément aux dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* («LDF»), et elle a signifié un avis de question constitutionnelle contestant la validité de la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29, qui vise la personne qui est effectivement mariée, de même que «l'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas [. . .] de façon continue depuis au moins trois ans». Aux termes du par. 1(1), le mot «cohabiter» s'entend du fait de «[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu'il y ait eu mariage ou non». Le juge des requêtes a statué que l'art. 29 de la *LDF* violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'était pas sauvegardé par l'article premier. Elle a déclaré que les mots «l'homme et la femme» devaient être retranchés de la définition du terme «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* et remplacés par les mots «deux personnes». H. a interjeté appel de ce jugement et le procureur général de l'Ontario s'est joint à elle. La Cour d'appel a confirmé la décision sans adjuger de dépens, mais a suspendu l'application de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de donner au législateur ontarien le temps de modifier la *LDF*.

Appeal's one-year suspension of the declaration, and its refusal to award costs.

*Held* (Gonthier J. dissenting on the appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed, but the remedy should be modified. Section 29 of the *FLA* is declared of no force or effect. The effect of that declaration is temporarily suspended for a period of six months.

### 1. *Constitutional Issue*

*Per* Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci and Binnie JJ.: The proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, as set out in *Law*, requires the court to make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage?

The *FLA* draws a distinction by specifically according rights to individual members of unmarried cohabiting opposite-sex couples, which by omission it fails to accord to individual members of cohabiting same-sex couples. The legislature drafted s. 29 to allow either a man or a woman to apply for support, thereby recognizing that financial dependence can arise in an intimate relationship in a context entirely unrelated either to child rearing or to any gender-based discrimination existing in our society. The obligation to provide spousal support was extended to include relationships which exist between a man and a woman, have a specific degree of permanence and are conjugal. Since gay

Ni M. ni H. n'a interjeté appel de cet arrêt. L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a finalement été accordée au procureur général de l'Ontario à la condition que les dépens de M. lui soient payés quelle que soit l'issue de la cause. M. a aussi obtenu la permission de former un pourvoi incident quant à la suspension pour un an de la déclaration d'invalidité ordonnée par la Cour d'appel et à son refus d'adjuger des dépens.

*Arrêt* (le juge Gonthier est dissident quant au pourvoi principal): Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés, mais la réparation est modifiée. L'article 29 de la *LDF* est déclaré inopérant. L'effet de cette déclaration est temporairement suspendu pendant six mois.

### 1. *La question constitutionnelle*

*Le* juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci et Binnie: Selon la méthode qu'il convient d'adopter pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, telle qu'elle a été établie dans l'arrêt *Law*, le tribunal doit se poser les trois grandes questions qui suivent. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique?

La *LDF* établit une distinction en accordant expressément à chacun des membres des couples de sexe différent non mariés qui cohabitent des droits dont elle prive, par omission, chacun des membres des couples de même sexe qui vivent ensemble. Le législateur a rédigé l'art. 29 de manière à permettre à un homme ou à une femme de demander des aliments, reconnaissant ainsi qu'une dépendance financière peut survenir au sein d'une union intime, dans un contexte tout à fait étranger à l'éducation des enfants et à la discrimination fondée sur le sexe pouvant exister dans notre société. L'obligation alimentaire entre conjoints a été étendue aux unions formées par un homme et une femme qui remplissent

and lesbian individuals are capable of being involved in conjugal relationships, and since their relationships are capable of meeting the *FLA*'s temporal requirements, the distinction of relevance to this appeal is between persons in an opposite-sex, conjugal relationship of some permanence and persons in a same-sex, conjugal relationship of some permanence. It is thus apparent that the legislation has drawn a formal distinction between the claimant and others, on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation. Sexual orientation has already been determined to be an analogous ground to those enumerated in s. 15(1) of the *Charter*.

The central question of this appeal is whether the differential treatment imposed by the impugned legislation on an enumerated or analogous ground is discriminatory within the meaning of s. 15(1). This inquiry is to be undertaken in a purposive and contextual manner, focusing on whether the differential treatment imposes a burden upon or withholds a benefit from the claimant in a manner that reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration.

Section 29 of the *FLA* creates a distinction that withholds a benefit from the respondent M. The type of benefit salient to the s. 15(1) analysis cannot encompass only the conferral of an economic benefit, but must also include access to a process that could confer an economic or other benefit. Further, the spousal support provisions of the *FLA* help protect the economic interests of individuals in intimate relationships.

This denial of a benefit violates the purpose of s. 15(1). One factor which may demonstrate that legislation that treats the claimant differently has the effect of demeaning the claimant's dignity is the existence of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue. In this case, there is significant pre-existing disadvantage and vulnerability and these circumstances are exacerbated by the impugned legislation. The legislative provision in question draws a distinction that prevents persons in a same-sex relationship from gaining access

des conditions de durée précises et sont conjugales. Étant donné que les gais et les lesbiennes peuvent former des unions conjugales et que ces unions peuvent remplir les conditions de durée fixées par la *LDF*, la distinction pertinente dans le présent pourvoi est établie entre les personnes formant une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne de sexe différent et celles qui forment une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne du même sexe. Il est par conséquent manifeste que la loi a établi une distinction formelle entre la demanderesse et d'autres personnes, laquelle est fondée sur une caractéristique personnelle, à savoir l'orientation sexuelle. L'orientation sexuelle a été jugée analogue aux motifs qui sont énumérés au par. 15(1) de la *Charte*.

Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si la différence de traitement imposée par la loi contestée sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue est discriminatoire au sens du par. 15(1). Cet examen doit être effectué en fonction de l'objet visé et du contexte, et il doit être centré sur la question de savoir si la différence de traitement impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe, ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou en tant que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération.

L'article 29 de la *LDF* crée une distinction qui prive l'intimée M. d'un avantage. Le bénéfice mis en lumière par l'analyse fondée sur le par. 15(1) ne peut pas viser le seul octroi d'un avantage économique, mais doit aussi comprendre l'accès à un processus qui pourrait conférer un avantage économique ou autre. En outre, les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* contribuent à protéger les intérêts économiques des personnes qui ont formé une union intime.

Ce refus d'accorder un avantage porte atteinte à l'objet du par. 15(1). L'un des facteurs susceptibles de démontrer que la loi traitant le demandeur différemment a pour effet de porter atteinte à sa dignité est la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés dont souffre la personne ou le groupe en question. Dans la présente affaire, il y a, dans une large mesure, préexistence d'une vulnérabilité et d'un désavantage, et cette situation est accentuée par la loi contestée. La disposition législative en cause établit une distinction qui empêche les personnes formant une union

to the court-enforced and -protected support system. The denial of that potential benefit, which may impose a financial burden on persons in the position of the claimant, contributes to the general vulnerability experienced by individuals in same-sex relationships. A second relevant factor is that the legislation at issue fails to take into account the claimant's actual situation. Being in a same-sex relationship does not mean that it is an impermanent or a non-conjugal relationship. Third, while the existence of an ameliorative purpose or effect may help to establish that human dignity is not violated where the person or group that is excluded is more advantaged with respect to the circumstances addressed by the legislation, the allegedly ameliorative purpose of this legislation does not do anything to lessen the charge of discrimination in this case. Fourth, the nature of the interest protected by s. 29 of the *FLA* is fundamental. The exclusion of same-sex partners from the benefits of s. 29 promotes the view that M., and individuals in same-sex relationships generally, are less worthy of recognition and protection. It implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence as compared to opposite-sex couples, without regard to their actual circumstances. Such exclusion perpetuates the disadvantages suffered by individuals in same-sex relationships and contributes to the erasure of their existence.

The first stage of the justification test under s. 1 of the *Charter*, as outlined in *Oakes*, asks whether the legislation limiting a *Charter* right furthers a pressing and substantial objective. Where a law violates the *Charter* owing to underinclusion, this stage is properly concerned with the object of the legislation as a whole, the impugned provisions of the Act, and the omission itself. The purpose of the *FLA* (Parts I to IV) is to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down. This is also one of the objectives of the impugned spousal support provisions in Part III; the other objective is to alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those parents and spouses who have the capacity to provide support to these individuals. Neither the *FLA* in general, nor Part III in particular, was designed to remedy the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships. Moreover, since the spousal support provisions in Part III are not primarily concerned with the

avec une personne du même sexe d'invoquer le régime de l'obligation alimentaire qui est appliqué et protégé par les tribunaux. Cette négation d'un avantage potentiel, qui est susceptible d'imposer un fardeau financier aux personnes placées dans la situation de la demanderesse, est pour quelque chose dans la vulnérabilité générale dont souffrent les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Un deuxième facteur pertinent est que la loi en cause ne tient pas compte de la situation véritable de la demanderesse. Union entre personnes de même sexe n'est pas synonyme d'union non durable ou non conjugale. Troisièmement, même si l'existence d'un objet ou d'un effet d'amélioration peut aider à établir qu'il n'y a pas atteinte à la dignité humaine lorsque la personne ou le groupe qui est exclu est plus favorisé en ce qui concerne la situation visée par la loi, l'objet d'amélioration qu'aurait cette loi n'atténue aucunement l'allégation de discrimination en l'espèce. Quatrièmement, la nature du droit protégé par l'art. 29 de la *LDF* est fondamental. L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice de l'art. 29 conduit à penser que M., et en général les personnes formant des unions avec une personne du même sexe, sont moins dignes de reconnaissance et de protection. C'est laisser entendre qu'elles sont jugées incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle. Une telle exclusion perpétue les désavantages que subissent les personnes formant une union avec une personne du même sexe et contribue à les rendre invisibles.

Comme il a été expliqué dans l'arrêt *Oakes*, la première étape du critère de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte* consiste à se demander si la loi qui restreint un droit garanti par la *Charte* favorise la réalisation d'un objectif urgent et réel. Lorsqu'une loi porte atteinte à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois l'objet de la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte à cette étape. La *LDF* (parties I à IV) vise le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes. Il s'agit également de l'un des objectifs des dispositions contestées qui portent sur l'obligation alimentaire entre conjoints et qui figurent à la partie III; l'autre objectif est d'alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l'État mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire. Ni la *LDF* en général ni la partie III en particulier, n'ont été conçues pour corriger les

protection of children, this is not part of the objective of s. 29 of the *FLA*. Providing for the equitable resolution of economic disputes when intimate relationships between financially interdependent individuals break down, and alleviating the burden on the public purse to provide for dependent spouses, are pressing and substantial objectives. These objectives promote both social justice and the dignity of individuals, which are values that underlie a free and democratic society.

Even if it were accepted that Part III of the *FLA* is meant to address the systemic sexual inequality associated with opposite-sex relationships, the required nexus between this objective and the chosen measures, required by the second stage of the s. 1 analysis, is absent in this case. A gender-neutral support system cannot be rationally connected to the goal of improving the economic circumstances of heterosexual women upon relationship breakdown. In addition, there is no evidence to demonstrate that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime of the *FLA* in any way furthers the objective of assisting heterosexual women. Although there is evidence to suggest that same-sex relationships are not typically characterized by the same economic and other inequalities which affect opposite-sex relationships, this does not explain why the right to apply for support is limited to heterosexuals. The infrequency with which members of same-sex relationships find themselves in circumstances resembling those of many heterosexual women is no different from heterosexual men, who, notwithstanding that they tend to benefit from the gender-based division of labour and inequality of earning power, have as much right to apply for support as their female partners. The protection of children, even if it were accepted as an objective, also fails the rational connection test. It would have to be concluded that the spousal support provisions in Part III of the *FLA* are simultaneously underinclusive and overinclusive. They are overinclusive because members of opposite-sex couples are entitled to apply for spousal support irrespective of whether or not they are parents and regardless of their reproductive capabilities or desires. They are also underinclusive since an increasing percentage of children are being conceived and raised by lesbian and gay couples as a result of adoption, surrogacy and donor insemination. Nor is the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* rationally connected to the dual objectives of the spousal support provisions of providing for the equitable

désavantages que subissent les femmes ayant formé une union avec une personne de sexe différent. De plus, étant donné que les dispositions de la partie III portant sur l'obligation alimentaire entre conjoints ne visent pas principalement la protection des enfants, il ne s'agit pas d'une partie de l'objectif de l'art. 29 de la *LDF*. Prévoir le règlement équitable des différends d'ordre économique à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes et alléger le fardeau de l'État quant aux conjoints dépendants sont des objectifs urgents et réels. Ces objectifs favorisent la justice sociale et la dignité des personnes qui sont des valeurs sous-jacentes d'une société libre et démocratique.

Même s'il était accepté que la partie III de la *LDF* vise à corriger l'inégalité systémique des sexes au sein des unions entre personnes de sexe différent, le lien nécessaire entre cet objectif et les mesures choisies, exigé à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'article premier, est absent en l'espèce. Un régime d'obligation alimentaire ne faisant aucune distinction fondée sur le sexe ne peut pas être rationnellement lié à l'amélioration de la situation économique des femmes hétérosexuelles à la rupture d'une union. En outre, rien ne démontre que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* puisse contribuer de quelque façon que ce soit à la réalisation de l'objectif qui consiste à aider les femmes hétérosexuelles. Bien qu'il y ait des éléments de preuve tendant à démontrer que les unions entre personnes de même sexe ne sont pas d'ordinaire caractérisées par les mêmes inégalités, économiques et autres, que celles qui frappent les unions entre personnes de sexe différent, cela n'explique pas pourquoi le droit de demander des aliments est limité aux hétérosexuels. Le fait que les membres des unions entre personnes de même sexe soient peu souvent placés dans une situation ressemblant à celle de nombreuses femmes hétérosexuelles ne les distingue en rien des hommes hétérosexuels qui, même s'ils profitent généralement de la division du travail fondée sur le sexe et de l'inégalité de la capacité de gain, ont tout autant le droit de demander des aliments que leurs partenaires féminines. Même si elle était acceptée comme étant un objectif, la protection des enfants ne satisferait pas non plus au critère du lien rationnel. Il faudrait conclure que la portée des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est à la fois trop limitative et trop large. Leur portée est trop large parce que les membres des couples de sexe différent ont le droit de demander des aliments à leur conjoint, qu'ils aient une progéniture ou non et indépendamment de leur capacité ou désir d'en avoir une. Elles ont également une portée trop limitative

resolution of economic disputes that arise upon the breakdown of financially interdependent relationships and reducing the burden on the public purse. If anything, the goals of the legislation are undermined by the impugned exclusion. The inclusion of same-sex couples in s. 29 of the *FLA* would in fact better achieve the objectives of the legislation while respecting the *Charter* rights of individuals in same-sex relationships.

The appellant's case also fails the minimal impairment branch of the second stage of the *Oakes* test. The argument that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* minimally impairs M.'s s. 15 rights since reasonable alternative remedies are available where economic dependence does occur in such relationships cannot be accepted. Compared to awards of spousal support, the remedies available under the equitable doctrine of unjust enrichment are less flexible, impose more onerous requirements on claimants, and are available under far narrower circumstances. They therefore do not provide an adequate alternative to spousal support under the *FLA*. The law of contract is an equally unacceptable alternative to the spousal support scheme under the *FLA*. The voluntary assumption of mutual support obligations is not equivalent to a statutory entitlement to apply for a support order. Moreover, these alternative regimes do not address the fact that exclusion from the statutory scheme has moral and societal implications beyond economic ones. As no group will be disadvantaged by granting members of same-sex couples access to the spousal support scheme under the *FLA*, the notion of deference to legislative choices in the sense of balancing claims of competing groups has no application here. Moreover, government incrementalism cannot constitute a reason to show deference to the legislature in this case.

puisqu'un pourcentage croissant d'enfants sont conçus et élevés par des couples de lesbiennes ou de gais grâce à l'adoption, aux contrats de grossesse et à l'insémination par don de sperme. L'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* n'est pas non plus rationnellement liée aux deux objectifs des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints, soit la résolution équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture des unions marquées par l'interdépendance financière et la réduction du fardeau financier de l'État. L'exclusion contestée risque plutôt de nuire à la réalisation des buts de la loi. En fait, l'inclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* favoriserait davantage la réalisation des objectifs de la loi tout en respectant les droits garantis par la *Charte* aux personnes formant une union avec une personne du même sexe.

L'argumentation de l'appellant ne satisfait pas non plus au volet de l'atteinte minimale, à la deuxième étape du critère établi dans l'arrêt *Oakes*. On ne peut accepter l'argument voulant que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* ne porte atteinte que de façon minimale aux droits garantis à M. par l'art. 15, étant donné que d'autres recours peuvent raisonnablement être exercés en cas de dépendance financière au sein de telles unions. Par rapport aux ordonnances alimentaires à l'égard d'un conjoint, les recours pouvant être exercés en vertu de la doctrine de l'enrichissement sans cause en *equity* sont moins souples, imposent des exigences plus grandes aux demandeurs et ne peuvent être exercés qu'en des circonstances bien plus restreintes. Ils ne constituent donc pas une solution de rechange valable aux dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Le droit des contrats est une solution tout aussi inacceptable pour remplacer le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Le fait de s'engager volontairement à se fournir mutuellement des aliments n'équivaut pas à un droit reconnu par la loi de demander une ordonnance alimentaire. De plus, ces régimes de rechange passent sous silence le fait que l'exclusion du régime prévu par la loi a des incidences morales et sociétales qui débordent le cadre économique. Étant donné qu'aucun groupe ne sera défavorisé par l'octroi aux membres des couples de même sexe de l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*, la notion de retenue à l'égard des choix du législateur appelé à trouver un point d'équilibre entre des groupes concurrents n'a aucune application en l'espèce. En outre, le gradualisme du gouvernement ne constitue pas en l'espèce une raison de faire preuve de retenue envers le législateur.

The impugned legislation also fails to survive the final branch of the s. 1 analysis. Where, as here, the impugned measures actually undermine the objectives of the legislation it cannot be said that the deleterious effects of the measures are outweighed by the promotion of any laudable legislative goals, or by the salutary effects of those measures.

If the remedy adopted by the court below is allowed to stand, s. 29 of the *FLA* will entitle members of same-sex couples who otherwise qualify under the definition of “spouse” to apply for spousal support. However, any attempt to opt out of this regime by means of a cohabitation agreement provided for in s. 53 or a separation agreement set out in s. 54 would not be recognized under the Act. As this option is available to opposite-sex couples, and protects the ability of couples to choose to order their own affairs in a manner reflecting their own expectations, “reading in” would in effect remedy one constitutional wrong only to create another, and thereby fail to ensure the validity of the legislation. Severing s. 29 of the Act such that it alone is declared of no force or effect is thus the most appropriate remedy here. This remedy should be temporarily suspended for a period of six months.

*Per Major J.:* The purpose of s. 29 of the *FLA*, as stated by the majority, is to allow persons who become financially dependent on one another in the course of a lengthy “conjugal” relationship some relief from financial hardship resulting from the breakdown of that relationship. The relationship at issue in this case meets those requirements. The exclusion of same-sex couples from the scheme to determine and redress this financial dependence on the basis of their sexual orientation denies them equal benefit of the law contrary to s. 15(1) of the *Charter*. In order to dispose of the appeal it is unnecessary to consider whether other types of long-term relationships may also give rise to dependency and relief. The statute’s categorical exclusion of an individual whose situation falls squarely within its mandate, and who might be entitled to its benefits and protection, denies that person the equal concern and respect to which every Canadian is entitled, and constitutes discrimination. The exclusion at issue undermines the intention of the legislation, which was designed in part to reduce the demands on the public welfare system. By leaving potentially dependent individuals without a means of obtaining support from their former partners, s. 29 burdens the public purse with their care. It is therefore not rationally connected to the valid aims of the

La loi contestée ne franchit pas non plus la dernière étape de l’analyse fondée sur l’article premier. Lorsque, comme en l’espèce, les mesures contestées vont dans les faits à l’encontre des objectifs de la loi, on ne peut affirmer que la promotion de buts législatifs louables ni que les effets bénéfiques de ces mesures l’emportent sur leurs effets préjudiciables.

Si la réparation accordée par la Cour d’appel est maintenue, l’art. 29 de la *LDF* autorisera les membres des couples de même sexe qui satisfont par ailleurs aux exigences de la définition du mot «conjoint» à demander des aliments à leur conjoint. Cependant, la Loi n’admettrait pas la possibilité qu’ils s’excluent du régime au moyen de l’accord de cohabitation prévu à l’art. 53 ou de l’accord de séparation visé à l’art. 54. Comme cette option est ouverte aux couples de sexe différent et qu’elle préserve l’autonomie des couples qui peuvent choisir de régler leurs propres affaires selon leurs propres attentes, «l’interprétation large» corrigerait une incompatibilité inconstitutionnelle en en créant une autre, et n’assurerait donc pas la validité de la loi. La dissociation de l’art. 29 de la Loi, de telle sorte que seul cet article soit déclaré inopérant, est la réparation la plus appropriée en l’espèce. L’application de cette réparation serait suspendue temporairement pendant six mois.

*Le juge Major:* L’objet de l’art. 29 de la *LDF*, énoncé par les juges majoritaires, est de prévoir au profit des personnes qui deviennent financièrement interdépendantes au cours d’une longue union «conjugale» certains recours afin de faire face aux difficultés financières résultant de la rupture de l’union. L’union en cause en l’espèce satisfait à ces exigences. L’exclusion fondée sur l’orientation sexuelle des couples de même sexe du régime conçu pour corriger cette dépendance les prive du même bénéfice de la loi en violation du par. 15(1) de la *Charte*. Pour trancher le présent pourvoi, il n’est pas nécessaire de se demander si d’autres types d’unions à long terme peuvent également entraîner une dépendance et donner ouverture à des recours. L’exclusion catégorique par la loi d’une personne qui est placée dans une situation nettement visée par la mission de la loi et qui pourrait avoir droit au bénéfice et à la protection de la loi la prive de la considération et du respect auxquels chaque Canadien a droit et constitue de la discrimination. L’exclusion en cause va à l’encontre de l’intention du législateur qui a conçu le texte de loi en partie pour réduire le fardeau de l’aide sociale. Parce qu’il laisse des personnes potentiellement dépendantes sans moyen d’obtenir des aliments de leur ancien partenaire, l’art. 29 alourdit d’autant le fardeau de l’État. Ses dispositions ne

legislation and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

*Per Bastarache J.:* Section 29 of the *FLA* has drawn a distinction between opposite-sex partners and same-sex partners in relationships of permanence. The comparison is best made, not with married couples, whose status was consensually acquired, but with unmarried cohabiting couples. Same-sex couples are capable of meeting all of the statutory prerequisites set out in ss. 29 and 1(1) of the *FLA*, but for the requirement that they be a man and a woman. It is now well established that sexual orientation is a personal characteristic analogous to those found in s. 15(1) of the *Charter*. Discrimination exists because of the exclusion of persons from the regime on the basis of an arbitrary distinction, sexual orientation. Since this exclusion suggests that their union is not worthy of recognition or protection, there is a denial of equality within the meaning of s. 15.

There is no need to be deferential to the legislative choice in this case. The nature of the interest affected by the exclusion is fundamental; the group affected is vulnerable; it is possible to isolate the challenged provision from the complex legislative scheme; there is no evidence of the government establishing priorities or arbitrating social needs; the legislative history indicates that there was no consideration given to the *Charter* right to equal concern and respect; and the government's interest in setting social policies can be met without imposing a burden on non-traditional families. The traditional *Oakes* test should therefore be strictly applied.

The infringement is not justifiable under s. 1. Since the s. 1 analysis places a burden on the government to justify the legislative incursion on the *Charter* right, it is appropriate that governmental intention should, where possible, be considered and evaluated on its own terms to explain why the restriction on a *Charter* right is justifiable. The "limit" on the equality right in this case is the failure to treat individuals in same-sex relationships that otherwise meet the criteria of Part III of the *FLA* in the same way as individuals in opposite-sex relationships exhibiting similar characteristics. The primary legislative purpose in extending support obligations outside the marriage bond was to address the subordinated position of women in non-marital relationships. The *FLA*

sont donc pas rationnellement liées aux fins valides de la loi et ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

*Le juge Bastarache:* L'article 29 de la *LDF* établit une distinction entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe formant une union permanente. La comparaison se fait le mieux, non pas avec les couples mariés qui ont acquis l'état matrimonial de façon consensuelle, mais avec les couples non mariés qui cohabitent. Les couples de même sexe peuvent remplir toutes les conditions préalables fixées par l'art. 29 et le par. 1(1) de la *LDF*, sauf en ce qui concerne l'exigence d'être un homme et une femme. Il est maintenant bien établi que l'orientation sexuelle est une caractéristique personnelle analogue à celles qui sont mentionnées au par. 15(1) de la *Charte*. Il y a discrimination parce que des personnes sont exclues du régime sur le fondement d'une distinction arbitraire, soit l'orientation sexuelle. Étant donné que cette exclusion donne à penser que leur union n'est pas digne d'être reconnue ni protégée, il y a dénégation du droit à l'égalité au sens de l'art. 15.

Il n'est pas nécessaire de faire preuve de retenue à l'égard des choix du législateur dans la présente affaire. La nature du droit visé par l'exclusion est fondamentale; le groupe concerné est vulnérable; il est possible de détacher la disposition contestée du régime législatif complexe dont elle fait partie; aucune preuve n'établit que le gouvernement ait voulu fixer des priorités ou arbitrer des conflits entre des besoins sociaux; l'histoire de la loi montre que le droit d'être traité avec le même intérêt et le même respect, qui est garanti par la *Charte*, n'a pas été pris en compte; enfin, il est possible de répondre à l'intérêt porté par le gouvernement à l'élaboration des politiques sociales sans imposer un fardeau aux familles non traditionnelles. Le critère traditionnel de l'arrêt *Oakes* doit donc faire l'objet d'une application stricte.

La justification de cette atteinte ne peut pas être démontrée en vertu de l'article premier. Puisque l'analyse fondée sur l'article premier impose au gouvernement le fardeau de justifier l'atteinte portée par la loi au droit garanti par la *Charte*, il convient, dans la mesure du possible, d'examiner l'intention du gouvernement en elle-même pour savoir comment la restriction d'un droit garanti par la *Charte* pourrait se justifier. La «restriction» du droit à l'égalité en l'espèce est le fait de ne pas traiter de la même façon les personnes qui forment avec une personne du même sexe une union qui satisfait par ailleurs aux critères établis à la partie III de la *LDF* et les personnes qui forment avec une personne de sexe différent une union présentant des caractéris-

fundamentally altered the nature of support obligations by extending them beyond marriage and therefore beyond the realm of consensual undertaking. It did so because of a pressing social concern: that many women found themselves in a legal vacuum at the end of a relationship; that their economic dependence was worsened as a result of those relationships; and that the economic position of women generally in society relative to men placed them in a position where they might be induced to enter or remain in those relationships without the legal safeguards of marriage even when they might otherwise want the mutual rights and obligations which would thereby be imposed. The legislative purpose of the definition in Part III of the *FLA* is to impose support obligations upon partners in relationships in which they have consciously signalled a desire to be so bound (i.e. through marriage); and upon those partners in relationships of sufficient duration to indicate permanence and seriousness, and which involve the assumption of household responsibilities, or other career or financial sacrifices, by one partner for the common benefit of the couple and cause or enhance an economic disparity between the partners.

The need for imposition of support payments by one party to a relationship to the other, in the case of traditional family relationship breakdown, is a pressing and substantial objective in Canadian society. It is clear that with respect to at least one category captured by the government's legislative purposes, gendered relationships of some permanence, there is a high likelihood of serious economic detriment to women on the breakdown of those relationships. The justification for legislative intervention affecting the autonomy of heterosexual couples does not however explain the pressing need to exclude all other family relationships from the governmental regime. Although same-sex couples do not generally share the imbalance in power that is characteristic of opposite-sex couples and which causes economic dependency in the course of a relationship, there is no evidence that their inclusion would cause any particular difficulty. The context in which the s. 1 analysis is made is also one where there is ascription of family status to same-sex relationships in society in general, as in some legislation and government policies. In order to be consistent with *Charter* values, the purpose of the definition in s. 29 must be respectful of the equality of status and opportunity of all persons. It would be consistent with

tiques similaires. Le principal objet législatif visé par l'extension des obligations alimentaires au-delà du cadre du lien conjugal était d'apporter une solution à la subordination des femmes vivant en union de fait. La *LDF* a fondamentalement modifié la nature des obligations alimentaires en les étendant au-delà du cadre du mariage et, par conséquent, du domaine consensuel. Des préoccupations sociales urgentes ont poussé le législateur à agir: de nombreuses femmes se retrouvaient dans un vide juridique quand cessait leur union, leur dépendance économique s'était accentuée en raison de cette union et la situation économique des femmes dans la société en général par rapport à celle des hommes était telle que ces dernières pouvaient être incitées à former ces unions ou à y demeurer sans bénéficier des garanties juridiques qu'offre le mariage, même si elles pouvaient souhaiter voir s'appliquer à elles les droits et obligations réciproques découlant du mariage. L'objet législatif de la définition que contient la partie III de la *LDF* est d'imposer une obligation alimentaire aux partenaires qui ont sciemment exprimé le désir d'être ainsi liés (c.-à-d. par le mariage), de même qu'aux partenaires formant une union depuis assez longtemps pour qu'elle soit qualifiée de permanente et de sérieuse, au sein de laquelle l'un des partenaires assume des responsabilités domestiques ou consent des sacrifices professionnels ou financiers au profit du couple et qui engendre ou accentue l'inégalité économique entre les partenaires.

La nécessité d'obliger l'une des parties à verser des aliments à l'autre en cas de rupture de la famille traditionnelle constitue un objectif urgent et réel dans la société canadienne. Manifestement, en ce qui concerne au moins une catégorie visée par l'objet législatif, soit l'union entre homme et femme ayant une certaine permanence, il est fort probable que la femme subisse un important préjudice économique par suite de la rupture de l'union. La justification d'une intervention du législateur touchant l'autonomie des couples hétérosexuels n'explique cependant pas la nécessité urgente d'exclure du régime étatique tous les autres types de famille. Bien que les couples de même sexe ne donnent généralement pas lieu au déséquilibre des forces qui caractérise les couples de sexe différent et engendre la dépendance financière au sein d'une union intime, aucune preuve n'établit que leur inclusion créerait une difficulté quelconque. Le contexte dans lequel l'analyse fondée sur l'article premier est faite révèle également une assimilation de l'union entre personnes de même sexe à la famille au sein de la société en général ainsi que dans certaines dispositions législatives et dans certaines politiques gouvernementales. Pour être compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte*, l'objet de la définition

*Charter* values of equality and inclusion to treat all members in a family relationship equally and all types of family relationships equally.

Even if one were to accept the argument that the exclusion is serving a valid purpose by not imposing on same-sex couples a reduction in freedom and autonomy that is mandated by economic imperatives largely irrelevant to same-sex couples, there would be no rational connection between that purpose and the total exclusion dictated by s. 29. The exclusion of same-sex couples is not a valid means of achieving the positive purpose of s. 29, economic equality within the family. When, as here, the exclusion specifically detracts from the general legislative purpose, the objective of the restriction cannot be considered pressing and substantial. Even if the primary purpose of s. 29 was simply to recognize and promote the traditional family, and not to secure economic equality within the couple, which could be considered simply a means to an end, the exclusion of same-sex partners could not be demonstrably justified. Denial of status and benefits to same-sex partners does not *a priori* enhance respect for the traditional family, nor does it reinforce the commitment of the legislature to the values in the *Charter*. No evidence was adduced showing any beneficial impact of the exclusion on society, or what *Charter* values would be served by the exclusion; but the detrimental effects clearly exist, both for the individual without recourse to the family law regime, and for society, faced with the prospect of giving social assistance to that aggrieved individual in need. As for the protection of the freedom and autonomy of persons engaged in a same-sex relationship, s. 29 will only affect those who are in fact in a situation of economic imbalance analogous to that which more commonly occurs in the case of heterosexual relationships. The entitlement resulting from a wider definition of "spouse" does not create an absolute right to support. The justification for interference with personal autonomy is therefore the same for same-sex partners and opposite-sex partners.

*Per* Gonthier J. (dissenting): The appropriate analytical approach to be taken to claims arising under s. 15(1) of the *Charter* was set out in this Court's decision in

de l'art. 29 doit être respectueux de l'égalité de statut et de l'égalité des chances de tous les individus. Le fait d'accorder le même traitement à tous les membres de la famille et à tous les types de famille serait compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte* en matière d'égalité et d'inclusion.

Même si l'on acceptait l'argument voulant que l'exclusion permet d'atteindre un objet valide en ne réduisant pas la liberté et l'autonomie des couples de même sexe au nom d'impératifs économiques qui n'ont pas grand-chose à voir avec ces couples, il n'y aurait aucun lien rationnel entre cet objet et l'exclusion complète imposée par l'art. 29. L'exclusion des couples de même sexe ne constitue pas un moyen valable pour atteindre l'objet positif de l'art. 29, soit l'égalité économique au sein de la famille. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'exclusion réduit expressément l'objet législatif général, l'objectif de la restriction ne peut être considéré comme urgent et réel. Même si l'objet principal de l'art. 29 était simplement de reconnaître et de favoriser la famille traditionnelle et non d'instaurer l'égalité économique au sein du couple, ce qui pourrait être simplement considéré comme un moyen de parvenir à une fin, l'exclusion des partenaires de même sexe n'a pas pu faire l'objet d'une justification pouvant se démontrer. Le refus d'attribuer l'état de conjoint et des avantages aux partenaires de même sexe n'augmente pas *a priori* le respect porté à la famille traditionnelle et ne renforce pas l'engagement du législateur à l'égard des valeurs véhiculées par la *Charte*. Aucun élément de preuve n'a été produit pour établir une quelconque incidence bénéfique de l'exclusion sur la société ni pour montrer quelles valeurs véhiculées par la *Charte* l'exclusion favoriserait; mais il existe clairement des effets préjudiciables, tant pour l'individu ne pouvant pas se prévaloir du régime du droit de la famille que pour la société, éventuellement tenue de secourir cette personne lésée se trouvant dans le besoin. En ce qui concerne la protection de la liberté et de l'autonomie des personnes vivant en union avec une personne du même sexe, l'art. 29 ne s'appliquera qu'à celles qui sont effectivement placées dans une situation de déséquilibre économique analogue à celle qui est constatée le plus souvent dans les unions hétérosexuelles. L'admissibilité qui résulte d'une définition plus large du mot «conjoint» ne crée pas un droit absolu aux aliments. La justification de l'atteinte à l'autonomie personnelle est donc la même en ce qui concerne les partenaires de même sexe et les partenaires de sexe différent.

*Le* juge Gonthier (dissident): La méthode d'analyse à suivre relativement aux demandes fondées sur le par. 15(1) de la *Charte* est exposée dans l'arrêt *Law* de

*Law*. When applied in this case, that approach leads to the conclusion that s. 29 of the *FLA* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*.

This legislation is an exception to the general rule that the law imposes no obligation of support as between persons. This exception has been historically imposed on married couples; and this legislation is the current-day expression of this historical exception. Section 29 of the *FLA* now imposes the burden of a mandatory support regime on a discrete group of people: opposite-sex married couples and certain opposite-sex cohabiting couples. An analysis of the contextual factors set out in *Law* reveals that this differentiation is not discriminatory. As this Court explained in *Law*, throughout the s. 15(1) analysis, it is necessary to have regard to the purpose of the legislation. Here, the primary purpose of s. 29 of the *FLA* is to recognize the social function specific to opposite-sex couples and their position as a fundamental unit in society, and to address the dynamic of dependence unique to men and women in opposite-sex relationships. In addition to this specific social function, this dynamic of dependence stems from the roles regularly taken by one member of that relationship, the biological reality of the relationship, and the pre-existing economic disadvantage that is usually, but not exclusively, suffered by women. This purpose is apparent from the text and legislative history of the provision, and the preamble to the statute.

The statute's preamble refers to the desirability of encouraging and strengthening the role of the family and recognizing marriage as a form of partnership. The statements made in the legislature when amendments were introduced to extend support obligations to certain unmarried cohabiting opposite-sex couples indicate that these were premised on the social reality that such relationships exhibit a dynamic of dependence, which often arises because the couple has children and the mother is the primary caregiver. They also confirm that the legislation was not aimed at "need" abstractly defined, or need generated by "interdependence", but rather addressed the specific need arising when an individual (typically a woman) cohabits in an opposite-sex relationship and, relying upon the expectation of continued and future support from her partner, foregoes existing employment prospects that rendered her self-sufficient

notre Cour. Lorsqu'on l'applique en l'espèce, cette méthode mène à la conclusion que l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

Cette loi constitue une exception à la règle générale voulant que le droit n'impose aucune obligation alimentaire entre les personnes. Cette exception vise historiquement les couples mariés, et la loi en est l'expression actuelle. L'article 29 de la *LDF* impose maintenant le fardeau d'un régime d'obligation alimentaire impératif à un groupe distinct de personnes: les couples mariés de sexe différent et certains couples de sexe différent qui cohabitent. L'analyse des facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law* montre que cette distinction n'est pas discriminatoire. Comme notre Cour l'explique dans l'arrêt *Law*, au cours de l'analyse du par. 15(1), il est nécessaire de tenir compte de l'objet de la loi. En l'espèce, l'art. 29 de la *LDF* vise principalement à reconnaître la fonction sociale particulière des couples de sexe différent et le fait qu'ils constituent une cellule fondamentale de la société, tout en s'attaquant au problème de la dynamique de dépendance propre aux hommes et aux femmes formant de telles unions. Cette dynamique de dépendance résulte non seulement de la fonction sociale particulière de ces couples mais aussi des rôles généralement assumés par l'un des membres de l'union, de la réalité biologique de l'union ainsi que du désavantage économique préexistant dont souffrent habituellement, mais non exclusivement, les femmes. Cet objet ressort du libellé et de l'historique législatif de la disposition ainsi que du préambule de la loi.

Le préambule de la loi mentionne l'intérêt d'encourager et d'asseoir le rôle de la famille et de reconnaître au mariage la qualité de société. Les déclarations faites devant l'assemblée législative au moment du dépôt des modifications visant à étendre l'obligation alimentaire à certains couples de sexe différent non mariés qui cohabitent indiquent que ces modifications sont fondées sur la réalité sociale qui veut que de telles unions engendrent une dynamique de dépendance souvent attribuable à la présence d'enfants et au fait que c'est la mère qui s'en occupe principalement. Ces déclarations confirment également que la loi ne visait pas à répondre à un «besoin» défini de façon abstraite ni à un besoin né de l'«interdépendance», mais plutôt au besoin particulier de la personne (habituellement une femme) qui forme une union avec une personne de sexe différent avec laquelle elle cohabite et qui renonce, parce qu'elle s'attend à ce que son partenaire lui fournisse des aliments de façon continue à l'avenir, aux possibilités d'emploi qui, avant le début de l'union, lui permettraient de subvenir elle-même à ses besoins, ainsi qu'aux nouvelles

before entering into the relationship, and new ones that arise during the relationship.

The use of gender-neutral language in the *FLA* provides no support for the implication that the purpose of the *FLA*'s spousal support provisions was to address "interdependence" unrelated to the social reality of the relationship. When the amendments were first introduced, the tenor of the times favoured gender-neutral language. The legislature recognized that in rare cases, a man might be able to make out a claim against a woman, but it expected that the vast majority of claimants would be women.

This proper understanding of the purpose reveals that the s. 15(1) claim must fail. The impugned legislative provision has drawn a distinction between the claimant and others. Sexual orientation is recognized as an analogous ground, and even though s. 29 of the *FLA* does not draw a facial distinction on the basis of sexual orientation, the effect of s. 29's definition of "spouse" is to do so. Moreover, that distinction has resulted in disadvantage to the claimant. Part III undoubtedly bestows a benefit — access to a spousal support regime — the denial of which results in a disadvantage to M. At the same time, it imposes a burden on individuals in opposite-sex relationships, as it restricts their financial freedom and liberties. The distinction drawn by s. 29 does not discriminate because it does not involve the stereotypical application of presumed group or personal characteristics and it does not otherwise have the effect of perpetuating or promoting the view that individuals in same-sex relationships are less deserving of concern, respect, and consideration.

The concept of "stereotyping" is often linked to the contextual factor set out in *Law* of "correspondence". Where the legislation takes into account the actual need, capacity or circumstances of the claimant and the comparator, then it is unlikely to rest on a stereotype. The jurisprudence recognizes that in the absence of reliance on a stereotype, discrimination will be difficult to establish. Distinctions drawn on enumerated or analogous grounds usually rely upon the stereotypical application of presumed characteristics, rather than an accurate account of the true situation, or actual abilities, circumstances, or capacities. Where the legislation takes into account the claimant's actual situation in a manner that

possibilités d'emploi qui s'offrent à elle au cours de l'union.

L'utilisation, dans la *LDF*, d'un libellé n'établissant aucune distinction de genre ne permet nullement de conclure que les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* visaient l'«interdépendance» sans égard à la réalité sociale de l'union. Lors de la présentation des modifications, la tendance était à l'adoption d'un libellé n'établissant aucune distinction de genre. L'Assemblée législative a reconnu que, dans de rares cas, il se pourrait qu'un homme puisse arriver à établir le bien-fondé d'une demande dirigée contre une femme, mais elle s'attendait à ce que la grande majorité des demandeurs soient des femmes.

Cette juste interprétation de l'objet montre que la demande fondée sur le par. 15(1) doit échouer. La disposition législative contestée a établi une distinction entre la demanderesse et d'autres personnes. L'orientation sexuelle est reconnue comme un motif analogue, et même si l'art. 29 de la *LDF* n'établit pas à première vue de distinction fondée sur l'orientation sexuelle, la définition qu'il donne au mot «conjoint» a pour effet d'établir une telle distinction. De plus, cette distinction entraîne un désavantage pour la demanderesse. Il ne fait aucun doute que la partie III confère un avantage — l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints — dont le refus entraîne un désavantage pour M. Par ailleurs, elle impose un fardeau aux personnes formant des unions de sexe différent en restreignant leur autonomie financière et leur liberté. La distinction établie par l'art. 29 n'engendre pas de discrimination parce qu'elle ne comporte pas l'application stéréotypée de présomées caractéristiques personnelles ou de groupe et qu'elle n'a pas non plus pour effet de perpétuer ou de favoriser l'idée que les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération.

La notion de «l'application de stéréotypes» est souvent liée au facteur contextuel de la «correspondance» énoncé dans l'arrêt *Law*. Lorsque la loi tient compte des besoins, de la capacité et de la situation véritables du demandeur et de l'objet de comparaison, il est alors peu probable qu'elle repose sur un stéréotype. La jurisprudence reconnaît qu'en l'absence de stéréotype, la discrimination est difficile à établir. Les distinctions établies en raison de motifs énumérés ou analogues sont généralement fondées sur l'application stéréotypée de caractéristiques présumées plutôt que sur une juste appréciation de la véritable situation ou des aptitudes, des circonstances ou des capacités réelles. Lorsque la loi prend en

respects his or her human dignity, it will be less likely to infringe s. 15(1).

Our system of family law is, to a great degree, based upon the legal rights and duties flowing from marriage. While the legislature has restricted the meaning of “spouse” in Part III of the *FLA*, the restriction has not been made on the basis of stereotypical assumptions regarding group or personal characteristics. On the contrary, s. 29’s definition of “spouse” corresponds with an accurate account of the actual needs, capacity and circumstances of opposite-sex couples as compared to others, including same-sex couples. This appeal is concerned with the support obligation, which is an essential feature of marriage itself, and more recently, of certain other opposite-sex couples. Cohabiting opposite-sex couples are the natural and most likely site for the procreation and raising of children. This is their specific, unique role. This unique social role of opposite-sex couples has two related features. First, women bear a disproportionate share of the child care burden in Canada, and this burden is borne both by working mothers and mothers who stay at home with their children. Section 29 of the *FLA* is specifically structured to meet this reality. This can be seen from the fact that the necessary cohabitation period to come within the scope of the section is reduced where there is a child of the relationship. The second feature is that one partner (most often the woman) tends to become economically dependent upon the other. Even in the absence of children, women in cohabiting opposite-sex relationships often take on increased domestic responsibilities which limit their prospects for outside employment, precisely because their lower average earnings make this an efficient division of labour for the couple. If the relationship breaks down, the woman is usually left in a worse situation, probably with impaired earning capacity and limited employment opportunities. Finally, even when the female partner is not suffering from this dynamic of dependence, the male partner often is. When the woman is the primary wage-earner, the man adopts a primary role in household responsibilities. This, coupled with other forms of dependency that follow for men in such relationships, are all reflective of a dynamic of dependence unique to opposite-sex couples.

considération la situation véritable du demandeur d’une manière qui respecte sa dignité humaine, elle est moins susceptible de porter atteinte au par. 15(1).

Notre droit de la famille est fondé dans une large mesure sur les droits et les devoirs légaux qui découlent du mariage. Bien que le législateur ait restreint le sens du mot «conjoint» dans la partie III de la *LDF*, la restriction n’a pas été établie sur le fondement de prémisses stéréotypées relatives à des caractéristiques personnelles ou de groupe. Au contraire, la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 correspond à une appréciation juste des besoins, des capacités et de la situation propres aux couples de sexe différent, par rapport à d’autres personnes, y compris les couples de même sexe. Le présent pourvoi porte sur l’obligation alimentaire, qui est une caractéristique essentielle de l’institution du mariage elle-même et, depuis peu, de certains autres couples de sexe différent. Les couples de sexe différent qui cohabitent créent le milieu naturel et habituel pour la procréation et l’éducation des enfants. Il s’agit de leur rôle particulier et unique. Ce rôle social unique conféré aux couples de sexe différent possède deux caractéristiques interreliées. En premier lieu, les femmes assument une part disproportionnée du fardeau de la garde des enfants au Canada, et ce fardeau est assumé tant par les mères qui travaillent à l’extérieur que par celles qui s’occupent des enfants au foyer. L’article 29 de la *LDF* est formulé expressément en fonction de cette réalité. Cela ressort du fait que la période de cohabitation nécessaire pour qu’un couple soit visé par cet article est réduite lorsqu’un enfant naît de l’union. En deuxième lieu, l’un des partenaires (le plus souvent la femme) tend à devenir financièrement dépendant de l’autre. Même en l’absence d’enfants, il arrive souvent que les femmes qui forment une union et cohabitent avec une personne de sexe différent s’acquittent d’un plus grand nombre d’obligations familiales, ce qui diminue leurs chances de se trouver un emploi sur le marché du travail, précisément parce que leur salaire moyen moins élevé fait qu’un tel arrangement constitue un partage des tâches rentable pour le couple. En cas de rupture, la situation de la femme se détériore habituellement et il est probable que sa capacité de gagner sa vie soit diminuée et que ses chances de se trouver un emploi soient limitées. Finalement, même lorsque le partenaire féminin ne souffre pas de cette dynamique de dépendance, le partenaire masculin en est souvent victime. Lorsque la femme gagne le revenu principal, l’homme assume la plupart des tâches domestiques. Cette situation, jointe aux autres formes de dépendance qui s’ensuivent pour les hommes se trouvant dans de telles unions, reflète une dynamique de dépendance particulière aux couples de sexe différent.

It is this dynamic of dependence that the legislature has sought to address by way of Part III of the *FLA*. The restricted definition of "spouse" in Part III of the *FLA* has not been made on the basis of stereotypical assumptions regarding group or personal characteristics. The *Charter* does not compel the extension of the legislature's efforts to address this problem to long-term same-sex couples. While long-term same sex relationships may manifest many of the features of long-term opposite-sex relationships, the same dynamic of dependence is not present. Lesbian relationships are characterized by a more even distribution of labour, a rejection of stereotypical gender roles, and a lower degree of financial interdependence than is prevalent in opposite-sex relationships. Mere need in an individual case, unrelated to systemic factors, is insufficient to render the *FLA*'s scheme constitutionally underinclusive. This is especially true because the scheme involves, in counterpart to an access to support, a restriction on freedom and a burden.

While individuals must be treated with equal respect and must not be discriminated against on the basis of the stereotypical application of irrelevant personal characteristics, the state is not barred from recognizing that some relationships fulfil different social roles and have specific needs, and responding to this reality with positive measures to address those differences.

None of the remaining contextual factors set out in *Law* establish that the legislation perpetuates or promotes the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. Although the claimant is a member of a group that suffers pre-existing, historical disadvantage, the claimant's group is relatively advantaged in relation to the subject-matter of the legislation. Individuals in same-sex relationships do not carry the same burden of fulfilling the social role that those in opposite-sex relationships do. They do not exhibit the same degree of systemic dependence. They do not experience a structural wage differential between the individuals in the relationship. In this sense, individuals in same-sex relationships are an advantaged group as compared to individuals in opposite-sex relationships, and there is thus no need to consider whether the legislation aggravates or exacerbates any pre-existing disadvantage. Nor can it be said that the ameliorative legisla-

C'est précisément pour s'attaquer à cette dynamique de dépendance que le législateur a adopté la partie III de la *LDF*. La définition restreinte du mot «conjoint» dans la partie III de la *LDF* n'est pas fondée sur des prémisses stéréotypées relatives à des caractéristiques personnelles ou de groupe. La *Charte* n'exige pas que les mesures prises par le législateur pour résoudre ce problème soient étendues aux couples de même sexe qui sont stables. Même si les unions durables entre personnes de même sexe peuvent présenter bon nombre des caractéristiques des unions durables entre personnes de sexe différent, la même dynamique de dépendance ne s'y retrouve pas. Les unions de lesbiennes se caractérisent par un partage plus équitable des tâches, un rejet des rôles féminins et masculins stéréotypés et un degré plus faible d'interdépendance financière comparativement aux unions entre personnes de sexe différent. Le simple état de besoin, non lié à des facteurs systémiques, ne permet pas de conclure que le régime prévu par la *LDF* a une portée trop limitative sur le plan constitutionnel. Cela est particulièrement vrai étant donné que le régime impose une restriction à la liberté ainsi qu'un fardeau en contrepartie du bénéfice de l'obligation alimentaire.

Même si tous doivent être traités avec le même respect et même si la discrimination fondée sur l'application stéréotypée de caractéristiques personnelles non pertinentes est prohibée, il n'est pas interdit à l'État de reconnaître que certaines unions jouent des rôles sociaux différents et ont des besoins particuliers, non plus que de répondre à cette réalité en prenant des mesures positives pour traiter de ces différences.

Aucun des autres facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law* n'établit que la loi perpétue ou favorise l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération. Bien que la demanderesse soit membre d'un groupe qui souffre déjà d'un désavantage historique, ce groupe est relativement favorisé pour ce qui est du sujet de la loi. Les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne s'acquittent pas du fardeau que constitue le rôle social rempli par les personnes formant une union avec une personne de sexe différent. Elles ne présentent pas le même degré de dépendance systémique. Elles ne vivent pas de différence structurelle de revenus avec leur partenaire. En ce sens, les personnes formant une union avec une personne du même sexe constituent un groupe favorisé comparativement aux personnes formant une union avec une personne de sexe différent, de sorte qu'il est inutile de déterminer si

tion excludes a group which is disadvantaged in relation to the subject-matter of the legislation. The main targets of the ameliorative legislation, partners in opposite-sex relationships (particularly women), suffer a structural disadvantage which is unknown to individuals in same-sex relationships. With respect to the nature and scope of the affected interest, the non-inclusion of individuals in same-sex relationships in the mandatory support regime does not result in severe and localized consequences. While the legislature does not force individuals in same-sex relationships to provide support, it also does not prevent them from doing so by way of contract or otherwise. This may result in some additional expenses, but it is difficult to see how this possible expense results in discriminatory non-recognition of the group.

A reasonable person in the circumstances of the claimant who has regard to all of these contextual factors would find that the restrictive definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA* does not constitute a violation of his or her human dignity. To the contrary, acknowledging individual personal traits is a means of fostering human dignity. By recognizing individuality, and rejecting forced uniformity, the law celebrates differences, fostering the autonomy and integrity of the individual.

## 2. Costs

Since the Court of Appeal did not err in failing to grant costs to M., the successful party, no order should be made with respect to costs in that court. Costs are a discretionary determination and absent any clear error, this Court should be loath to interfere.

## Cases Cited

By Cory and Iacobucci JJ.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Molodowich v. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997]

la loi accentue un désavantage préexistant. On ne peut pas dire non plus que la loi, qui apporte une amélioration, exclut un groupe qui est défavorisé par rapport au sujet de la loi. Ceux que la loi vise principalement, soit les partenaires formant une union entre personnes de sexe différent (en particulier, les femmes), subissent un désavantage structurel que ne connaissent pas les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Relativement à la nature et à l'étendue de l'intérêt touché, la non-inclusion des personnes formant une union avec une personne du même sexe dans le régime d'obligation alimentaire impératif ne causent pas de conséquences graves et localisées. Bien que le législateur n'oblige pas les personnes formant une union avec une personne de même sexe à se fournir des aliments, il ne les empêche pas non plus de le faire au moyen d'un contrat ou autrement. Cela peut occasionner des frais supplémentaires, mais il est difficile de voir comment ces dépenses éventuelles peuvent constituer une non-reconnaissance discriminatoire du groupe.

La personne raisonnable, qui est placée dans la situation de la demanderesse et qui tient compte de tous ces facteurs contextuels, conclurait que la définition limitative du mot conjoint à l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte à sa dignité humaine. Au contraire, le fait de reconnaître l'existence de caractéristiques personnelles est un moyen de favoriser la dignité humaine. En reconnaissant la particularité de chaque individu et en rejetant l'uniformité imposée, la loi fait l'éloge de la différence, favorisant l'autonomie et l'intégrité de la personne.

## 2. Les dépens

Étant donné que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en omettant d'accorder les dépens à M., la partie qui a eu gain de cause, aucune ordonnance n'est rendue relativement aux dépens dans cette cour. L'adjudication des dépens relève d'un pouvoir discrétionnaire et, sauf erreur manifeste, notre Cour doit hésiter à intervenir.

## Jurisprudence

Citée par les juges Cory et Iacobucci

**Arrêt appliqué:** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Molodowich c. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique*

3 S.C.R. 624; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3.

By Bastarache J.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695.

By Gonthier J. (dissenting)

*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981]

(*Procureur général*), [1997] 3 R.C.S. 624; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt appliqué:** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996); *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Pepper c. Hart*, [1993] A.C. 593; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada*

1 S.C.R. 699; *Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (1995); *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Grant v. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

#### Statutes and Regulations Cited

*Absentees Act*, R.S.O. 1990, c. A.3.  
*Act respecting certain separate rights of property of Married women*, C.S.U.C. 1859, c. 73.  
*Act to establish a Court of Chancery in this Province*, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, c. 2, s. 3.  
*Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, c. 5, s. 5(1).  
*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 [am. 1992, c. 27], ss. 121(4) [ad. 1997, c. 12, s. 87], 136(1)(d.1) [*idem*, s. 90], 178(1)(c) [rep. & sub. c. 3 (2nd Supp.)], s. 28].  
*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7-14, 15(1).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Change of Name Act*, R.S.O. 1990, c. C.7.  
*Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11.  
*Consent to Treatment Act*, 1992, S.O. 1992, c. 31.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(26), 92(12), (13).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Coroners Act*, R.S.O. 1990, c. C.37.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2(a)(i) [ad. 1995, c. 22, s. 6].  
*Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211 [am. 1954, c. 22; 1958, c. 23].  
*Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1960, c. 105.  
*Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1970, c. 128 [am. 1971, c. 98; 1973, c. 133].  
*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 15(2), (3), (7).  
*Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, c. D-37.

*Ltée*, [1981] 1 R.C.S. 699; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Dean c. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (1995); *Layland c. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Grant c. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

#### Lois et règlements cités

*Act respecting certain separate rights of property of Married Women*, C.S.U.C. 1859, ch. 73.  
*Act to establish a Court of Chancery in this Province*, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, ch. 2, art. 3.  
*Adoption Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 5, art. 5(1).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2(a), b), d), 7 à 14, 15(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2a)(i) [aj. 1995, ch. 22, art. 6].  
*Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, ch. 211 [mod. 1954, ch. 22; 1958, ch. 23].  
*Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1960, ch. 105.  
*Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1970, ch. 128 [mod. 1971, ch. 98; 1973, ch. 133].  
*Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, ch. D-37.  
*Family Law Act*, R.S.N. 1990, ch. F-2, art. 35c).  
*Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12, art. 1g), 29.  
*Family Law Reform Act*, 1975, S.O. 1975, ch. 41.  
*Family Law Reform Act*, 1978, S.O. 1978, ch. 2, art. 14.  
*Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, art. 2m).  
*Family Maintenance Act*, S.S. 1990-91, ch. F-6.1, art. 2l)(iii).  
*Family Maintenance Enforcement Amendment Act*, 1997, S.B.C. 1997, ch. 19, art. 1d).  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1.  
*Family Relations Amendment Act*, 1997, S.B.C. 1997, ch. 20, art. 1c).

- Election Act*, R.S.O. 1990, c. E.6.  
*Estates Act*, R.S.O. 1990, c. E.21.  
*Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23.  
*Execution Act*, R.S.O. 1990, c. E.24.  
*Family Law Act*, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c).  
*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, preamble, Part I, s. 1(1) "cohabit", "spouse", (2), Parts II, III, ss. 29 "spouse", 30, 31, 32, 33(1), (2), (7), (8), (9), 34(4), (5), 35, 41, Part IV, ss. 53, 54, Part V.  
*Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1.  
*Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, ss. 1(g), 29.  
*Family Law Act*, 1986, S.O. 1986, c. 4, s. 29.  
*Family Law Reform Act*, 1975, S.O. 1975, c. 41.  
*Family Law Reform Act*, 1978, S.O. 1978, c. 2, s. 14.  
*Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20, s. 4(3).  
*Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 2(m).  
*Family Maintenance Act*, S.S. 1990-91, c. F-6.1, s. 2(1)(iii).  
*Family Maintenance Enforcement Amendment Act*, 1997, S.B.C. 1997, c. 19, s. 1(d).  
*Family Property and Support Act*, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 35.  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1.  
*Family Relations Amendment Act*, 1997, S.B.C. 1997, c. 20, s. 1(c).  
*Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act*, 1996, S.O. 1996, c. 31.  
*Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3).  
*Family Support Plan Act*, R.S.O. 1990, c. S.28 [am. 1991, c. 5, s. 1(1)].  
*Income Tax Act*, R.S.O. 1990, c. I.2.  
*Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, ss. 8, 17.  
*Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3.  
*Land Transfer Tax Act*, R.S.O. 1990, c. L.6.  
*Marriage Act*, R.S.O. 1990, c. M.3.  
*Married Woman's Real Estate Act*, 1873, S.O. 1873, c. 18.  
*Married Women's Property Act*, R.S.O. 1970, c. 262.  
*Married Women's Property Act*, S.O. 1872, c. 16.  
*Married Women's Property Act*, S.O. 1884, c. 19.  
*Matrimonial Causes Act*, 1931, S.O. 1931, c. 25 [subsequently R.S.O. 1970, c. 265].  
*Members' Conflict of Interest Act*, R.S.O. 1990, c. M.6.  
*Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M.7.  
*Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45.  
*Municipal Elections Act*, R.S.O. 1990, c. M.53.  
*Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, s. 29(1) [am. 1998, c. 15, s. 4].  
*Nursing Homes Act*, R.S.O. 1990, c. N.7.  
*Ontario Guaranteed Annual Income Act*, R.S.O. 1990, c. O.17.  
*Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5.  
*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8.
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(26), 92(12), (13).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi d'interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, art. 8, 17.  
*Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4, art. 29.  
*Loi de 1992 sur le consentement au traitement*, L.O. 1992, ch. 31.  
*Loi de 1992 sur le contrôle des loyers*, L.O. 1992, ch. 11.  
*Loi de 1996 sur les obligations familiales et l'exécution des arriérés d'aliments*, L.O. 1996, ch. 31.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.O. 1990, ch. I.2.  
*Loi électorale*, L.R.O. 1990, ch. E.6.  
*Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, ch. S.26.  
*Loi sur l'exécution forcée*, L.R.O. 1990, ch. E.24.  
*Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20, art. 4(3).  
*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 [mod. 1992, ch. 27], art. 121(4) [aj. 1997, ch. 12, art. 87], 136(1)d.1) [idem, art. 90], 178(1)c) [abr. & rempl. ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 28].  
*Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23.  
*Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, ch. M.7.  
*Loi sur la taxe de vente au détail*, L.R.O. 1990, ch. R.31.  
*Loi sur le changement de nom*, L.R.O. 1990, ch. C.7.  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 15(2), (3), (7).  
*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, partie I, art. 1(1) «cohabiter», «conjoint», (2), parties II, III, art. 29 «conjoint», 30, 31, 32, 33(1), (2), (7), (8), (9), 34(4), (5), 35, 41, partie IV, 53, 54, partie V.  
*Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 1.  
*Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, ch. 28, art. 29(1) [mod. 1998, ch. 15, art. 4].  
*Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, ch. M.3.  
*Loi sur le patrimoine et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 35.  
*Loi sur le régime des obligations alimentaires envers la famille*, L.R.O. 1990, ch. S.28 [mod. 1991, ch. 5, art. 1(1)].  
*Loi sur le revenu annuel garanti en Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.17.  
*Loi sur les absents*, L.R.O. 1990, ch. A.3.  
*Loi sur les accidents du travail*, L.R.O. 1990, ch. W.11.  
*Loi sur les conflits d'intérêts des membres de l'Assemblée*, L.R.O. 1990, ch. M.6.  
*Loi sur les coroners*, L.R.O. 1990, ch. C.37.

*Rent Control Act, 1992*, S.O. 1992, c. 11.  
*Retail Sales Tax Act*, R.S.O. 1990, c. R.31.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194,  
 Rules 20, 21.  
*Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5.  
*Small Business Development Corporations Act*, R.S.O.  
 1990, c. S.12.  
*Succession Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. S.26.  
*Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23.  
*Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1990, c. W.11.

*Loi sur les droits de cession immobilière*, L.R.O. 1990,  
 ch. L.6.  
*Loi sur les élections municipales*, L.R.O. 1990,  
 ch. M.53.  
*Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23.  
*Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3.  
*Loi sur les maisons de soins infirmiers*, L.R.O. 1990,  
 ch. N.7.  
*Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45.  
*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8.  
*Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O.  
 1990, ch. C.11.  
*Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2,  
 art. 112(3).  
*Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990,  
 ch. P.5.  
*Loi sur les sociétés par action*, L.R.O. 1990, ch. B.16.  
*Loi sur les sociétés pour l'expansion des petites  
 entreprises*, L.R.O. 1990, ch. S.12.  
*Loi sur les successions*, L.R.O. 1990, ch. E.21.  
*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5.  
*Married Woman's Real Estate Act, 1873*, S.O. 1873,  
 ch. 18.  
*Married Women's Property Act*, R.S.O. 1970, ch. 262.  
*Married Women's Property Act*, S.O. 1872, ch. 16.  
*Married Women's Property Act*, S.O. 1884, ch. 19.  
*Matrimonial Causes Act, 1931*, S.O. 1931, ch. 25 [par la  
 suite R.S.O. 1970, ch. 265].  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194,  
 règles 20, 21.

#### Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of  
 England*, 4th ed., Book I. Oxford: Clarendon Press,  
 1770.  
 Blumstein, Philip, and Pepper Schwartz. *American  
 Couples*. New York: Morrow, 1983.  
 Canada. Citizenship and Immigration Canada. *Building  
 on a Strong Foundation for the 21st Century: New  
 Directions for Immigration and Refugee Policy and  
 Legislation*. Ottawa: Citizenship and Immigration  
 Canada, 1998.  
 Canada. Statistics Canada. *Family Expenditure in  
 Canada 1992*. Ottawa: Statistics Canada, 1994.  
 Canada. Statistics Canada. Labour and Household  
 Surveys Analysis Division. *Family Income After  
 Separation*. Ottawa: Statistics Canada, 1997.  
 Canada. Statistics Canada. *Infomat: A Weekly Review*,  
 October 17, 1997. "More lone-parent and common-  
 law families", p. 4.

#### Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaires sur les lois  
 anglaises*, t. 2. Traduit de l'anglais par  
 N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822.  
 Blumstein, Philip, and Pepper Schwartz. *American  
 Couples*. New York: Morrow, 1983.  
 Canada. Citoyenneté et Immigration Canada. *De solides  
 assises pour le 21<sup>e</sup> siècle: Nouvelles orientations  
 pour la politique et la législation relatives aux  
 immigrants et aux réfugiés*. Ottawa: Citoyenneté et  
 Immigration Canada, 1998.  
 Canada. Statistique Canada. *Dépenses des familles au  
 Canada, 1992*. Ottawa: Statistique Canada, 1994.  
 Canada. Statistique Canada. Division de l'analyse des  
 enquêtes sur le travail et les ménages. *Revenu familial  
 après séparation*. Ottawa: Statistique Canada, 1997.  
 Canada. Statistique Canada. *Infomat: Revue  
 hebdomadaire*, 17 octobre 1997. «Plus de familles  
 monoparentales et de familles vivant en union libre»,  
 p. 4.

- Cardell, Mona, Stephen Finn and Jeanne Marecek. "Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Spring 1981): 488-94.
- Chambers, Lori. *Married Women and Property Law in Victorian Ontario*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Cossman, Brenda, and Bruce Ryder. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms*, a Research Paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, June 1993.
- Cretney, S. M., and J. M. Masson. *Principles of Family Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Eldridge, Natalie S., and Lucia A. Gilbert. "Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990): 43-62.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Evans, R. R. *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes*. Calgary: Burroughs, 1923.
- Herek, Gregory M. "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 *Law & Sexuality* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Lynch, Jean M., and Mary Ellen Reilly. "Role Relationships: Lesbian Perspectives", *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86): 53-69.
- MacDougall, Donald J. "Alimony and Maintenance". In D. Mendes da Costa, ed., *Studies in Canadian Family Law*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1972, 283.
- McCamus, John D. "Family Law Reform in Ontario". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 451.
- Mendes, Errol P. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1". In Gérald-A. Beaudoin and Errol Cardell, Mona, Stephen Finn and Jeanne Marecek. «Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples», *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Spring 1981): 488-94.
- Chambers, Lori. *Married Women and Property Law in Victorian Ontario*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.
- Cossman, Brenda, and Bruce Ryder. *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms*, a Research Paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, June 1993.
- Cretney, S. M., and J. M. Masson. *Principles of Family Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- Dworkin, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- Eldridge, Natalie S., and Lucia A. Gilbert. «Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples», *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990): 43-62.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Evans, R. R. *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes*. Calgary: Burroughs, 1923.
- Herek, Gregory M. «Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research» (1991), 1 *Law & Sexuality* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Jackman, Martha. «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661.
- Lynch, Jean M., and Mary Ellen Reilly. «Role Relationships: Lesbian Perspectives», *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86): 53-69.
- MacDougall, Donald J. «Alimony and Maintenance». In D. Mendes da Costa, ed., *Studies in Canadian Family Law*, vol. 1. Toronto: Butterworths, 1972, 283.
- McCamus, John D. «Family Law Reform in Ontario». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 451.
- Mendes, Errol P. «The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1». Dans Gérald-A. Beaudoin et Errol

- P. Mendes, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 3-1.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*, Part IV, "Family Property Law". Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law*, Part VI, "Support Obligations". Toronto: Ministry of the Attorney General, 1975.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: The Commission, 1993.
- Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, 3rd Sess., 35th Parl., June 1, 1994, p. 6583.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., October 26, 1976, pp. 4102-3.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 18, 1976, pp. 4793, 4801.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 22, 1976, pp. 4890-91, 4898.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st Sess., 31st Parl., October 18, 1977, pp. 901, 904.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Family Law Reform*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Peplau, Letitia Anne. "Lesbian and Gay Relationships". In John C. Gonsiorek and James D. Weinrich, eds., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*. Newbury Park: Sage, 1991, 177.
- Schneider, Margaret S. "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986): 234-39.
- Slater, Suzanne. *The Lesbian Family Life Cycle*. New York: Free Press, 1995.
- Strauss, Peter L. "The Courts and the Congress: Should Judges Disdain Political History?" (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 99.
- Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, 3<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> juin 1994, p. 6583.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Law*, Part IV, «Family Property Law». Toronto: Ministry of the Attorney General, 1975.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Law*, Part VI, «Support Obligations». Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*. Toronto: La Commission, 1993.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., October 26, 1976, pp. 4102-3.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 18, 1976, pp. 4793, 4801.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 3rd Sess., 30th Parl., November 22, 1976, pp. 4890-91, 4898.
- Ontario. *Legislature of Ontario Debates*, 1st Sess., 31st Parl., October 18, 1977, pp. 901, 904.
- Ontario. Ministry of the Attorney General. *Family Law Reform*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.
- Peplau, Letitia Anne. «Lesbian and Gay Relationships». In John C. Gonsiorek and James D. Weinrich, eds., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy*. Newbury Park: Sage, 1991, 177.
- Schneider, Margaret S. «The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison», *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986): 234-39.
- Slater, Suzanne. *The Lesbian Family Life Cycle*. New York: Free Press, 1995.
- Strauss, Peter L. «The Courts and the Congress: Should Judges Disdain Political History?» (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 31 O.R. (3d) 417, 142 D.L.R. (4th) 1, 96 O.A.C. 173, 25 R.F.L. (4th) 116, 40 C.R.R. (2d) 240, [1996] O.J. No. 4419 (QL), affirming a decision of the Ontario Court (General Division) (1996), 27 O.R. (3d) 593, 132 D.L.R. (4th) 538, 17 R.F.L. (4th) 365, 35 C.R.R. (2d) 123, [1996] O.J. No. 365 (QL), declaring s. 29 of the *Family Law Act* to be

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 31 O.R. (3d) 417, 142 D.L.R. (4th) 1, 96 O.A.C. 173, 25 R.F.L. (4th) 116, 40 C.R.R. (2d) 240, [1996] O.J. No. 4419 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1996), 27 O.R. (3d) 593, 132 D.L.R. (4th) 538, 17 R.F.L. (4th) 365, 35 C.R.R. (2d) 123, [1996] O.J. No. 365 (QL), déclarant inconstitution-

unconstitutional. Appeal dismissed, Gonthier J. dissenting. Cross-appeal dismissed.

*Robert E. Charney and Peter C. Landmann*, for the appellant.

*Martha A. McCarthy and Lynn D. Lovell*, for the respondent M.

*Christopher D. Bredt*, for the respondent H.

*R. Douglas Elliott*, for the intervener the Foundation for Equal Families.

*Carol A. Allen*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

*Cynthia Petersen and Pam McEachern*, for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE).

*Joanne D. Rosen*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

*Jeff G. Cowan*, for the intervener the United Church of Canada.

*Peter R. Jervis, Michael Meredith and Danielle Shaw*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Ontario Council of Sikhs, the Islamic Society of North America and Focus on the Family.

*David M. Brown*, for the intervener REAL Women of Canada.

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

CORY AND IACOBUCCI JJ. —

## I. Introduction and Overview

The principal issue raised in this appeal is whether the definition of "spouse" in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 ("FLA") infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of*

nel l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*. Pourvoi rejeté, le juge Gonthier est dissident. Pourvoi incident rejeté.

*Robert E. Charney et Peter C. Landmann*, pour l'appelant.

*Martha A. McCarthy et Lynn D. Lovell*, pour l'intimée M.

*Christopher D. Bredt*, pour l'intimée H.

*R. Douglas Elliott*, pour l'intervenante la Foundation for Equal Families.

*Carol A. Allen*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ).

*Cynthia Petersen et Pam McEachern*, pour l'intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE).

*Joanne D. Rosen*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

*Jeff G. Cowan*, pour l'intervenante l'Église unie du Canada.

*Peter R. Jervis, Michael Meredith et Danielle Shaw*, pour les intervenantes l'Evangelical Fellowship of Canada, l'Ontario Council of Sikhs, l'Islamic Society of North America et Focus on the Family.

*David M. Brown*, pour l'intervenante REAL Women of Canada.

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

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI —

## I. Introduction et vue d'ensemble

La question principale soulevée par le présent pourvoi est de savoir si la définition du mot «conjoint» à l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 («LDF») porte

*Rights and Freedoms*, and, if so, whether the legislation is nevertheless saved by s. 1 of the *Charter*. In addition, M. was granted leave to cross-appeal on the issue of the appropriate remedy to be granted and also as to costs.

2

Our view on this principal issue may be summarized as follows. Section 15(1) of the *Charter* is infringed by the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA*. This definition, which only applies to Part III of the *FLA*, draws a distinction between individuals in conjugal, opposite-sex relationships of a specific degree of duration and individuals in conjugal, same-sex relationships of a specific degree of duration. We emphasize that the definition of “spouse” found in s. 1(1) of the *FLA*, and which applies to other parts of the *FLA*, includes only married persons and is not at issue in this appeal. Essentially, the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* extends the obligation to provide spousal support, found in Part III of the *FLA*, beyond married persons to include individuals in conjugal opposite-sex relationships of some permanence. Same-sex relationships are capable of being both conjugal and lengthy, but individuals in such relationships are nonetheless denied access to the court-enforced system of support provided by the *FLA*. This differential treatment is on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation, that, in previous jurisprudence, has been found to be analogous to those characteristics specifically enumerated in s.15(1).

3

The crux of the issue is that this differential treatment discriminates in a substantive sense by violating the human dignity of individuals in same-sex relationships. As *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, established, the inquiry into substantive discrimination is to be undertaken in a purposive and contextual manner. In the present appeal, several factors are important to consider. First,

atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l’affirmative, si la loi est néanmoins sauvegardée par l’article premier de la *Charte*. En outre, M. a été autorisée à former un pourvoi incident sur la question de la réparation appropriée et des dépens.

Notre opinion relativement à la question principale peut être résumée de la façon suivante. La définition du mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Cette définition, qui ne s’applique qu’à la partie III de la *LDF*, établit une distinction entre les personnes qui forment une union conjugale d’une durée déterminée avec une personne de sexe différent et celles qui forment une union conjugale d’une durée déterminée avec une personne du même sexe. Nous soulignons que la définition donnée au mot «conjoint» au par. 1(1) de la *LDF*, laquelle s’applique à d’autres parties de la *LDF*, ne vise que les personnes mariées et n’est pas en cause dans le présent pourvoi. Essentiellement, la définition du mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* étend l’obligation alimentaire entre conjoints, que l’on retrouve à la partie III de la *LDF*, au-delà du cercle des personnes mariées de manière à inclure les personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne de sexe différent. Les unions entre personnes de même sexe peuvent à la fois être conjugales et durables, mais les personnes qui forment de telles unions se voient néanmoins refuser l’accès au régime de l’obligation alimentaire prévu par la *LDF* et mis en application par les tribunaux. Cette différence de traitement est fondée sur une caractéristique personnelle, savoir l’orientation sexuelle, que la jurisprudence antérieure a jugée analogue aux caractéristiques expressément mentionnées au par. 15(1).

Le nœud de la question en litige est que cette différence de traitement établit réellement une discrimination en portant atteinte à la dignité humaine des personnes formant une union avec une personne du même sexe. Comme il a été établi dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, c’est en fonction de l’objet visé et du contexte qu’il faut entreprendre l’analyse relative à la discrimination réelle. Dans le

individuals in same-sex relationships face significant pre-existing disadvantage and vulnerability, which is exacerbated by the impugned legislation. Second, the legislation at issue fails to take into account the claimant's actual situation. Third, there is no compelling argument that the ameliorative purpose of the legislation does anything to lessen the charge of discrimination in this case. Fourth, the nature of the interest affected is fundamental, namely the ability to meet basic financial needs following the breakdown of a relationship characterized by intimacy and economic dependence. The exclusion of same-sex partners from the benefits of the spousal support scheme implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence, without regard to their actual circumstances. Taking these factors into account, it is clear that the human dignity of individuals in same-sex relationships is violated by the definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA*.

This infringement is not justified under s.1 of the *Charter* because there is no rational connection between the objectives of the spousal support provisions and the means chosen to further this objective. The objectives were accurately identified by Charron J.A., in the court below, as providing for the equitable resolution of economic disputes when intimate relationships between financially interdependent individuals break down, and alleviating the burden on the public purse to provide for dependent spouses. Neither of these objectives is furthered by the exclusion of individuals in same-sex couples from the spousal support regime. If anything, these goals are undermined by this exclusion.

In this case, the remedy of reading in is inappropriate, as it would unduly recast the legislation, and striking down the *FLA* as a whole is excessive. Therefore the appropriate remedy is to declare s. 29 of no force and effect and to suspend the

présent pourvoi, il importe de tenir compte de plusieurs facteurs. Premièrement, les personnes formant une union avec une personne du même sexe sont déjà très défavorisées et vulnérables, ce qu'accroît la loi contestée. Deuxièmement, la loi en litige ne tient pas compte de la situation véritable de la demanderesse. Troisièmement, aucun argument convaincant ne permet de soutenir que l'objet d'amélioration de la loi atténuée de quelque façon l'allégation de discrimination dans la présente affaire. Quatrièmement, la nature du droit touché est fondamentale, savoir la capacité de subvenir à des besoins financiers de base après la rupture d'une union caractérisée par l'intimité et la dépendance financière. L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéficiaire du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints laisse entendre qu'ils sont jugés incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière, peu importe leur situation. Si l'on prend en considération ces facteurs, il est manifeste que la définition du mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* porte atteinte à la dignité humaine des personnes qui forment une union avec une personne du même sexe.

L'atteinte n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* parce qu'il n'y a pas de lien rationnel entre les objectifs des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints et les moyens choisis pour réaliser cet objectif. Le juge Charron de la Cour d'appel a bien cerné les objectifs qui consistent à assurer le règlement équitable des différends d'ordre économique qui surviennent lorsque prennent fin des unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes et à alléger le fardeau financier de l'État qui assume l'entretien des conjoints dépendants. L'exclusion des membres des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints ne favorise aucun de ces objectifs. Au contraire, cette exclusion fait obstacle à leur réalisation.

Dans la présente affaire, il ne convient pas de recourir à l'interprétation large dont l'effet serait de remanier indûment la loi, et il serait excessif d'annuler la *LDF* dans son entier. Par conséquent, la réparation appropriée consiste à déclarer que

application of the declaration for a period of six months.

6 In our elaboration of this position in these joint reasons, Cory J. has addressed the issues of mootness and the breach of s. 15(1) of the *Charter*. Iacobucci J. has addressed s. 1 of the *Charter*, the appropriate remedy, costs and the disposition.

CORY J. —

7 At the outset, it must be stressed that the questions to be answered are narrow and precise in their scope. The *FLA* provides a means whereby designated persons may apply to the court for support from a spouse or, if unmarried, from a man or woman with whom they lived in an opposite-sex conjugal relationship. The Act specifically extends the obligation for support beyond married persons who, as a result of their married status, have additional rights under the Act.

8 The question to be resolved is whether the extension of the right to seek support to members of unmarried opposite-sex couples infringes s. 15(1) of the *Charter* by failing to provide the same rights to members of same-sex couples.

## II. Factual Background

9 M. and H. are women who met while on vacation in 1980. It is agreed that in 1982 they started living together in a same-sex relationship that continued for at least five years. That relationship may have lasted ten years, but that figure is disputed by H. During that time they occupied a home which H. had owned since 1974. H. paid for the upkeep of the home, but the parties agreed to share living expenses and household responsibilities equally. At the time, H. was employed in an advertising firm and M. ran her own company.

l'art. 29 est inopérant et à suspendre l'application de la déclaration pendant six mois.

Pour élaborer cette position dans les présents motifs conjoints, le juge Cory a examiné les questions se rapportant au caractère théorique du pourvoi et à la violation du par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Iacobucci a traité de l'article premier de la *Charte*, de la réparation qu'il convient d'accorder, des dépens et du dispositif.

LE JUGE CORY —

Au point de départ, il convient d'insister sur la portée étroite et bien précise des questions à trancher. La *LDF* prévoit que les personnes qui y sont désignées peuvent s'adresser à un tribunal pour obtenir des aliments d'un conjoint ou, lorsqu'elles ne sont pas mariées, de l'homme ou de la femme avec qui elles forment une union conjugale entre personnes de sexe différent. La Loi assujettit expressément d'autres personnes que les personnes mariées à l'obligation alimentaire, tout en accordant à ces dernières des droits supplémentaires en raison de leur état de personnes mariées.

La question à résoudre est de savoir si l'attribution du droit de demander des aliments aux membres des couples de sexe différent non mariés viole le par. 15(1) de la *Charte* parce que les mêmes droits ne sont pas accordés aux membres des couples de même sexe.

## II. Les faits

M. et H. se sont rencontrées en vacances en 1980. Les parties conviennent que les deux femmes ont commencé à vivre ensemble en 1982 et que cette union entre personnes de même sexe a duré pendant au moins cinq ans. Il se peut que l'union ait tenu dix ans, mais H. conteste ce chiffre. Au cours de cette période, elles ont occupé une maison que H. possédait depuis 1974. H. payait pour l'entretien de la maison, mais les parties avaient convenu de partager à parts égales les dépenses courantes et les responsabilités domestiques. À l'époque, H. travaillait pour une agence de publicité et M. exploitait sa propre entreprise.

In 1982, M. and H. started their own advertising business. The business enjoyed immediate success and was the main source of income for the couple during the relationship. H.'s contribution to this company was greater than that of M. Epstein J., the trial judge, observed that this disparity was probably due to the fact that M. had no previous experience in advertising, and, as time went on, she was content to devote more of her time to domestic tasks rather than the business. Nevertheless, the parties continued to be equal shareholders in the company.

In 1983, M. and H. purchased a business property together. In 1986, they purchased as joint tenants a vacation property in the country. They later sold the business property and used the proceeds to finance the construction of a home on the country property.

As a result of a dramatic downturn in the advertising business in the late 1980s, the parties' debt increased significantly. H. took a job outside the firm and placed a mortgage on her home to pay for her expenses and those of M. M. also tried to find employment but was unsuccessful. Her company, which she had continued to run on a casual basis throughout the relationship, produced very little income.

By September of 1992, M. and H.'s relationship had deteriorated. H. was concerned about what she perceived to be an unfair disparity in their relative financial contributions. H. presented M. with a draft agreement to settle their affairs. The same day that the agreement was presented, M. took some of her personal belongings and left the common home. Upon M.'s departure, H. changed the locks on the house.

The parties did not divide the personal property or household contents. M. alleged that she encountered serious financial problems after the separation. In October 1992, M. sought an order for partition and sale of the house; a declaration that she was the beneficial owner of certain lands and

En 1982, M. et H. ont mis sur pied leur propre agence de publicité. L'entreprise a connu immédiatement le succès et a été la principale source de revenus du couple au cours de l'union. La contribution de H. à cette entreprise était supérieure à celle de M. En première instance, le juge Epstein a fait observer que cette inégalité était probablement imputable au fait que M. n'avait aucune expérience dans le domaine de la publicité et que, le temps passant, elle ne demandait pas mieux que de se consacrer plus aux tâches domestiques qu'à l'entreprise. Néanmoins, les parties ont continué d'être des actionnaires égales de l'entreprise.

En 1983, M. et H. ont acheté ensemble un bien d'entreprise. En 1986, elles ont acquis à titre de copropriétaires une propriété de vacances à la campagne. Elles ont par la suite vendu le bien d'entreprise et ont utilisé le produit de la vente pour financer la construction d'une maison sur la propriété à la campagne.

Par suite d'un fléchissement marqué du marché de la publicité à la fin des années 80, la dette des parties s'est accrue considérablement. H. a pris un emploi à l'extérieur de l'entreprise et a hypothéqué sa maison pour payer ses dépenses et celles de M. Cette dernière a aussi cherché de l'emploi, mais n'a eu aucun succès. Son entreprise, qu'elle avait continué d'exploiter de façon épisodique au cours des années qu'a duré l'union, produisait très peu de revenus.

En septembre 1992, les rapports entre M. et H. s'étaient détériorés. H. était préoccupée par l'inégalité de leurs contributions financières respectives, qu'elle jugeait injuste. H. a présenté à M. une proposition de règlement de leurs affaires. Le jour même, M. prenait une partie de ses affaires personnelles et quittait la maison du couple. Après le départ de M., H. a fait changer les serrures de la maison.

Les parties n'ont pas partagé les biens personnels ni les biens du ménage. M. a allégué qu'elle avait éprouvé de graves difficultés financières après la séparation. En octobre 1992, M. a sollicité une ordonnance de partage et de vente de la maison, un jugement déclaratoire portant qu'elle était

10

11

12

13

14

premises owned by H. and by the companies M. named as defendants; and an accounting of the transactions carried out by the companies. By Notice of Cross-Application, H. and the corporate defendants sought damages for slander of title, partition and sale of property, the repayment of certain loans, and other relief. M. then amended her application to include a claim for support pursuant to the provisions of the *FLA*, and served Notice of a Constitutional Question challenging the validity of the definition of "spouse" in s. 29 of the Act.

propriétaire à titre bénéficiaire de certains terrains et locaux appartenant à H. et aux entreprises désignées comme défenderesses ainsi qu'une reddition de comptes quant aux opérations effectuées par les entreprises. Par voie d'avis de demande reconventionnelle, H. et les entreprises défenderesses ont demandé des dommages-intérêts en diffamation concernant un titre, le partage et la vente des biens, le remboursement de certains prêts et d'autres réparations. M. a alors modifié sa demande pour y inclure une demande d'aliments conformément aux dispositions de la *LDF*, et elle a signifié un avis de question constitutionnelle contestant la validité de la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 de la Loi.

15 H. brought a motion under Rule 20 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for summary judgment or, alternatively, for the determination of a question of law under Rule 21. The motions were heard by Epstein J., who dismissed the motion for summary judgment in February 1994, but adjourned the Rule 21 motion until this Court's judgment in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, was released.

H. a présenté une requête sous le régime de la règle 20 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour obtenir un jugement sommaire ou, subsidiairement, pour faire trancher une question de droit aux termes de la règle 21. Les requêtes ont été entendues par le juge Epstein, qui a rejeté la requête en jugement sommaire en février 1994, mais a ajourné la requête fondée sur la règle 21 jusqu'au prononcé par notre Cour de l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

16 In February 1996, Epstein J. released her judgment on the constitutional issues. She held that s. 29 of the *FLA* offends s. 15(1) of the *Charter*, and that it is not saved by s. 1. H. appealed the judgment and was joined in the appeal by the intervener, the Attorney General for Ontario.

En février 1996, le juge Epstein a rendu jugement sur les questions constitutionnelles. Elle a statué que l'art. 29 de la *LDF* violait le par. 15(1) de la *Charte* et n'était pas sauvegardé par l'article premier. H. a interjeté appel de ce jugement et l'intervenant, le procureur général de l'Ontario, s'est joint à elle.

17 The Ontario Court of Appeal ultimately upheld this decision, but suspended implementation of the declaration of invalidity for one year, to give the Ontario legislature time to amend the *FLA*. Neither of the respondents appealed this decision. Leave to appeal to this Court was ultimately granted to the Attorney General for Ontario on the condition that M.'s costs were to be paid regardless of the outcome. M. was also granted the right to cross-appeal with respect to the Court of Appeal's one-

La Cour d'appel de l'Ontario a finalement maintenu cette décision, mais a suspendu la déclaration d'invalidité pour une période d'un an, afin de donner au législateur ontarien le temps de modifier la *LDF*. Ni l'une ni l'autre des intimées n'a interjeté appel de cet arrêt. L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a finalement été accordée au procureur général de l'Ontario à la condition que les dépens de M. lui soient payés quelle que soit l'issue de la cause. M. a aussi obtenu la permission de former un pourvoi incident quant à la suspension pour un an de la déclaration d'invalidité

year suspension of the declaration, and the issue of costs.

Shortly before the appeal was heard in this Court, M. and H. concluded a settlement of the financial issues raised in the proceedings.

### III. Relevant Statutory Provisions

*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3

1. — (1) In this Act,

“cohabit” means to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage;

“spouse” means either of a man and woman who

- (a) are married to each other, or
- (b) have together entered into a marriage that is voidable or void, in good faith on the part of the person asserting a right under this Act.

(2) In the definition of “spouse”, a reference to marriage includes a marriage that is actually or potentially polygamous, if it was celebrated in a jurisdiction whose system of law recognizes it as valid.

29. In this Part,

“spouse” means a spouse as defined in subsection 1 (1), and in addition includes either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited,

- (a) continuously for a period of not less than three years, or
- (b) in a relationship of some permanence, if they are the natural or adoptive parents of a child.

30. Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so.

31. — (1) Every parent has an obligation to provide support, in accordance with need, for his or her unmar-

ordonnée par la Cour d’appel et à la question des dépens.

Peu avant l’audition du pourvoi par notre Cour, M. et H. ont conclu une entente sur les questions financières du litige.

### III. Dispositions législatives pertinentes

*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3

1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

«cohabiter» Vivre ensemble dans une union conjugale, qu’il y ait eu mariage ou non.

«conjoint» Soit l’homme, soit la femme qui, selon le cas:

- a) sont mariés ensemble,
- b) ont contracté, de bonne foi selon la personne qui fait valoir un droit en vertu de la présente loi, un mariage nul de nullité relative ou absolue.

(2) Dans la définition du terme «conjoint», un renvoi au mariage comprend un mariage qui est véritablement ou virtuellement polygamique s’il a été célébré dans une compétence où la polygamie est reconnue par le régime juridique.

29 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«conjoint» S’entend au sens du paragraphe 1 (1). Sont également compris l’homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas:

- a) de façon continue depuis au moins trois ans;
- b) dans une relation d’une certaine permanence, s’ils sont les parents naturels ou adoptifs d’un enfant.

30 Chaque conjoint est tenu de subvenir à ses propres besoins et à ceux de son conjoint, dans la mesure de ses capacités et des besoins.

31 (1) Le père et la mère sont tenus de fournir des aliments à leur enfant non marié qui est mineur ou qui

18

19

ried child who is a minor or is enrolled in a full time program of education, to the extent that the parent is capable of doing so.

(2) The obligation under subsection (1) does not extend to a child who is sixteen years of age or older and has withdrawn from parental control.

**33.** (1) A court may, on application, order a person to provide support for his or her dependants and determine the amount of support.

(2) An application for an order for the support of a dependant may be made by the dependant or the dependant's parent.

. . .

(7) An order for the support of a child should,

- (a) recognize that each parent has an obligation to provide support for the child;
- (b) recognize that the obligation of a natural or adoptive parent outweighs the obligation of a parent who is not a natural or adoptive parent; and
- (c) apportion the obligation according to the capacities of the parents to provide support.

(8) An order for the support of a spouse should,

- (a) recognize the spouse's contribution to the relationship and the economic consequences of the relationship for the spouse;
- (b) share the economic burden of child support equitably;
- (c) make fair provision to assist the spouse to become able to contribute to his or her own support; and
- (d) relieve financial hardship, if this has not been done by orders under Parts I (Family Property) and II (Matrimonial Home).

(9) In determining the amount and duration, if any, of support in relation to need, the court shall consider all the circumstances of the parties, including,

suit un programme d'études à temps plein, dans la mesure de leurs capacités et des besoins.

(2) L'obligation prévue au paragraphe (1) ne s'applique pas à l'enfant de seize ans ou plus qui s'est soustrait à l'autorité parentale.

**33** (1) Le tribunal peut, à la suite d'une requête, ordonner à une personne de fournir des aliments à ses personnes à charge, et fixer le montant de ces aliments.

(2) La requête relative à une ordonnance alimentaire à l'égard d'une personne à charge peut être présentée par la personne à charge ou le père ou la mère de la personne à charge.

. . .

(7) L'ordonnance alimentaire à l'égard d'un enfant devrait:

- a) reconnaître que le père et la mère sont également tenus de fournir des aliments à l'enfant;
- b) reconnaître que l'obligation des parents naturels ou adoptifs dépasse celle des parents qui ne sont ni parents naturels ni parents adoptifs;
- c) répartir l'obligation entre les parents en fonction de leurs capacités de fournir des aliments.

(8) L'ordonnance alimentaire à l'égard d'un conjoint devrait:

- a) reconnaître l'apport du conjoint à l'union et les conséquences économiques de l'union pour le conjoint;
- b) distribuer équitablement le fardeau économique que représentent les aliments à fournir à un enfant;
- c) comprendre des dispositions équitables en vue d'aider le conjoint à devenir capable de subvenir à ses propres besoins;
- d) alléger les difficultés financières, si les ordonnances rendues en vertu de la partie I (Biens familiaux) et de la partie II (Foyer conjugal) ne l'ont pas fait.

(9) Dans le calcul du montant et de la durée des aliments éventuellement dus en fonction des besoins, le tribunal tient compte de la situation globale des parties, notamment des points suivants:

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) the dependant's and respondent's current assets and means;</li> <li>(b) the assets and means that the dependant and respondent are likely to have in the future;</li> <li>(c) the dependant's capacity to contribute to his or her own support;</li> <li>(d) the respondent's capacity to provide support;</li> <li>(e) the dependant's and respondent's age and physical and mental health;</li> <li>(f) the dependant's needs, in determining which the court shall have regard to the accustomed standard of living while the parties resided together;</li> <li>(g) the measures available for the dependant to become able to provide for his or her own support and the length of time and cost involved to enable the dependant to take those measures;</li> <li>(h) any legal obligation of the respondent or dependant to provide support for another person;</li> <li>(i) the desirability of the dependant or respondent remaining at home to care for a child;</li> <li>(j) a contribution by the dependant to the realization of the respondent's career potential;</li> <li>(k) if the dependant is a child, <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) the child's aptitude for and reasonable prospects of obtaining an education, and</li> <li>(ii) the child's need for a stable environment;</li> </ul> </li> <li>(l) if the dependant is a spouse, <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) the length of time the dependant and respondent cohabited,</li> <li>(ii) the effect on the spouse's earning capacity of the responsibilities assumed during cohabitation,</li> <li>(iii) whether the spouse has undertaken the care of a child who is of the age of eighteen years or over and unable by reason of illness, disability or other cause to withdraw from the charge of his or her parents,</li> <li>(iv) whether the spouse has undertaken to assist in the continuation of a program of education for a child eighteen years of age or over</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>a) les ressources et l'actif actuels de la personne à charge et de l'intimé;</li> <li>b) les ressources et l'actif dont disposeront vraisemblablement la personne à charge et l'intimé dans l'avenir;</li> <li>c) la capacité de la personne à charge de subvenir à ses propres besoins;</li> <li>d) la capacité de l'intimé de fournir des aliments;</li> <li>e) l'âge et la santé physique et mentale de la personne à charge et de l'intimé;</li> <li>f) les besoins de la personne à charge, compte tenu du niveau de vie habituel lorsque les parties résidaient ensemble;</li> <li>g) les mesures à la disposition de la personne à charge pour qu'elle devienne capable de subvenir à ses propres besoins, et le temps et l'argent nécessaires à la prise de ces mesures;</li> <li>h) toute autre obligation légale pour l'intimé ou la personne à charge de fournir des aliments à une autre personne;</li> <li>i) l'opportunité que la personne à charge ou l'intimé reste à la maison pour prendre soin d'un enfant;</li> <li>j) l'apport de la personne à charge à la réalisation du potentiel professionnel de l'intimé;</li> <li>k) si la personne à charge est un enfant: <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) son aptitude aux études et ses perspectives raisonnables d'y accéder,</li> <li>(ii) son besoin d'un environnement stable;</li> </ul> </li> <li>l) si la personne à charge est un conjoint: <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) la durée de sa cohabitation avec l'intimé,</li> <li>(ii) l'effet des responsabilités dont le conjoint s'est chargé pendant la cohabitation sur sa capacité de gain,</li> <li>(iii) les soins que le conjoint a pu fournir à un enfant qui a dix-huit ans ou plus et qui est incapable, en raison d'une maladie, d'une invalidité ou pour un autre motif, de se soustraire à la dépendance parentale,</li> <li>(iv) l'aide que le conjoint a pu apporter à la continuation de l'éducation d'un enfant de dix-huit ans ou plus qui est incapable pour</li> </ul> </li> </ul> |
|--|--|

who is unable for that reason to withdraw from the charge of his or her parents,

(v) any housekeeping, child care or other domestic service performed by the spouse for the family, as if the spouse were devoting the time spent in performing that service in remunerative employment and were contributing the earnings to the family's support,

(vi) the effect on the spouse's earnings and career development of the responsibility of caring for a child; and

(m) any other legal right of the dependant to support, other than out of public money.

cette raison de se soustraire à la dépendance parentale,

(v) les travaux ménagers ou domestiques que le conjoint a faits pour la famille, ainsi que les soins donnés aux enfants, comme si le conjoint consacrait ce temps à un emploi rémunéré et apportait les gains de cet emploi au soutien de la famille,

(vi) l'effet, sur les gains du conjoint et sur son développement professionnel, de la responsabilité qui consiste à prendre soin d'un enfant;

m) les autres droits alimentaires de la personne à charge, sauf ceux qui seraient prélevés sur les deniers publics.

**53.** — (1) A man and a woman who are cohabiting or intend to cohabit and who are not married to each other may enter into an agreement in which they agree on their respective rights and obligations during cohabitation, or on ceasing to cohabit or on death, including,

(a) ownership in or division of property;

(b) support obligations;

(c) the right to direct the education and moral training of their children, but not the right to custody of or access to their children; and

(d) any other matter in the settlement of their affairs.

(2) If the parties to a cohabitation agreement marry each other, the agreement shall be deemed to be a marriage contract.

**54.** A man and a woman who cohabited and are living separate and apart may enter into an agreement in which they agree on their respective rights and obligations, including,

(a) ownership in or division of property;

(b) support obligations;

(c) the right to direct the education and moral training of their children;

(d) the right to custody of and access to their children; and

**53** (1) L'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui cohabitent ou ont l'intention de cohabiter peuvent conclure un accord afin de convenir de leurs obligations et droits respectifs dans le cadre de la cohabitation ou à la fin de la cohabitation ou au décès, y compris:

a) la propriété ou le partage de biens;

b) les obligations alimentaires;

c) le droit de diriger l'éducation et la formation morale de leurs enfants, mais non le droit de garde ou de visite;

d) toute autre question relative au règlement de leurs affaires.

(2) Si les parties à l'accord de cohabitation se marient ensemble, l'accord est réputé un contrat de mariage.

**54** L'homme et la femme qui cohabitaient et qui vivent séparés de corps peuvent conclure un accord afin de convenir de leurs obligations et droits respectifs, y compris:

a) la propriété ou le partage de biens;

b) les obligations alimentaires;

c) le droit de diriger l'éducation et la formation morale de leurs enfants;

d) le droit de garde et de visite de leurs enfants;

(e) any other matter in the settlement of their affairs.

e) toute autre question relative au règlement de leurs affaires.

*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)

15. . . .

(2) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

- (a) the other spouse;
- (b) any or all children of the marriage; or
- (c) the other spouse and any or all children of the marriage.

(3) Where an application is made under subsection (2), the court may, on application by either or both spouses, make an interim order requiring one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

- (a) the other spouse,
- (b) any or all children of the marriage, or
- (c) the other spouse and any or all children of the marriage,

pending determination of the application under subsection (2).

(7) An order made under this section that provides for the support of a spouse should

- (a) recognize any economic advantages or disadvantages to the spouses arising from the marriage or its breakdown;
- (b) apportion between the spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above the obligation apportioned between the spouses pursuant to subsection (8);
- (c) relieve any economic hardship of the spouses arising from the breakdown of the marriage; and
- (d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each spouse within a reasonable period of time.

*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.)

15. . . .

(2) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

- a) de l'autre époux;
- b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;
- c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(3) Le tribunal peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance provisoire enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, dans l'attente d'une décision sur la demande visée au paragraphe (2), la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

- a) de l'autre époux;
- b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;
- c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(7) L'ordonnance rendue pour les aliments d'un époux conformément au présent article vise:

- a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les époux du mariage ou de son échec;
- b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation financière dont il est question au paragraphe (8);
- c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;
- d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

#### IV. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)* (1996), 27 O.R. (3d) 593

20 Epstein J. found it was neither necessary nor appropriate to determine whether financial dependency actually existed between M. and H. Instead, she held that there was sufficient evidence to support the conclusion reached by Iacobucci J. in *Egan, supra*, at para. 197, that same-sex relationships are capable of giving rise to economic interdependence.

21 Turning to consider the *Charter* issues, Epstein J. noted that all parties conceded that s. 29 of the *FLA* violated s. 15(1) of the *Charter*. Nevertheless, the parties had submitted ample evidence to allow her to conduct a full analysis of the s. 15(1) issue on its merits. Citing this Court's decisions in *Egan, Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, she followed a three-step approach to s. 15(1): (1) does the law draw a distinction between the claimant and others; (2) if so, does this distinction result in the imposition of a burden, obligation or disadvantage not placed on others or the failure to provide a benefit given to others; (3) is the distinction based on a personal characteristic enumerated in s. 15(1) or an analogous ground?

### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

#### IV. Les jugements dont appel

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1996), 27 O.R. (3d) 593

Le juge Epstein a conclu qu'il n'était ni nécessaire ni approprié de déterminer s'il y avait vraiment dépendance financière entre M. et H. Elle a plutôt conclu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion à laquelle le juge Iacobucci était arrivé dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 197, selon laquelle les unions entre personnes de même sexe pouvaient donner lieu à une interdépendance financière.

Abordant les questions relatives à la *Charte*, le juge Epstein a fait remarquer que toutes les parties avaient concédé que l'art. 29 de la *LDL* violait le par. 15(1) de la *Charte*. Les parties avaient malgré tout produit une preuve abondante qui lui permettait d'examiner en profondeur et quant au fond la question relative au par. 15(1). Citant les arrêts *Egan, Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, le juge Epstein a suivi une méthode en trois étapes en ce qui concerne le par. 15(1): (1) La loi établit-elle une distinction entre la demanderesse et d'autres personnes? (2) Dans l'affirmative, cette distinction impose-t-elle des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres, ou prive-t-elle la demanderesse d'un avantage accordé à d'autres? (3) La distinction est-elle fondée sur une caractéristique personnelle mentionnée au par. 15(1) ou sur un motif analogue?

Following this approach, Epstein J. concluded first that s. 29 of the *FLA* draws a distinction between opposite-sex partners and same-sex partners. She further held that the exclusion of same-sex couples from the definition of “spouse” in s. 29 denies a dependent same-sex spouse the benefit and protection of the law that is afforded a dependent opposite-sex spouse, as well as the choice of being publicly recognized as a common-law couple. Epstein J., relying on this Court’s holding in *Egan* that sexual orientation is an analogous ground, ultimately concluded that the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1) of the *Charter*.

Epstein J. also noted that some members of this Court would, as part of the s. 15 analysis, determine whether the distinction made by the legislation was relevant to the functional values underlying the law. She found that the support provisions of the *FLA* were intended to address the economic consequences of the breakdown of a relationship of some permanence and held that the exclusion of same-sex couples from s. 29 is not relevant to those values. She concluded therefore that under either analytical approach, s. 29 of the *FLA* contravened s. 15(1) of the *Charter*.

Epstein J. then turned to consider whether the legislation is saved by s. 1 of the *Charter*. She found that the spousal support provisions in the *FLA* are intended to protect those who become economically dependent in a relationship marked by marriage or intimate cohabitation, and who require assistance in becoming self-sufficient upon the breakdown of that relationship. She held that the objective of the provisions was pressing and substantial.

Turning next to the proportionality test, Epstein J. reasoned that the objective of the provisions is not attained by denying otherwise eligible

Après avoir appliqué cette méthode, le juge Epstein a conclu que, premièrement, l’art. 29 de la *LDF* établit une distinction entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe. Elle a en outre conclu que l’exclusion des couples de même sexe de la définition du mot «conjoint» à l’art. 29 prive le conjoint de même sexe se trouvant à la charge de son partenaire du bénéfice et de la protection de la loi qui sont accordés au conjoint de sexe différent placé dans la même situation, en plus d’enlever aux couples de même sexe la possibilité de décider de se faire publiquement reconnaître comme conjoints de fait. S’appuyant sur l’arrêt *Egan* dans lequel notre Cour a statué que l’orientation sexuelle est un motif analogue, le juge Epstein a finalement conclu que la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* violait le par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge Epstein a également noté que selon certains juges de notre Cour, il y a lieu, dans le cadre de l’analyse fondée sur l’art. 15, de déterminer si la distinction établie par la loi est pertinente quant aux valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi. Elle a statué que les dispositions relatives à l’obligation alimentaire de la *LDF* avaient pour but d’atténuer les conséquences économiques de la rupture d’une union d’une certaine permanence et que l’exclusion des couples de même sexe de l’art. 29 n’était pas pertinente quant à ces valeurs. Elle a donc conclu que, quelle que soit la méthode d’analyse retenue, l’art. 29 de la *LDF* contrevenait au par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge Epstein a ensuite examiné la question de savoir si la loi était sauvegardée par l’article premier de la *Charte*. Elle a conclu que les dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* visaient à protéger ceux qui deviennent financièrement dépendants au cours d’une union caractérisée par le mariage ou la cohabitation intime, et qui ont besoin d’aide pour recouvrer leur autonomie à la rupture de l’union. Elle a jugé que l’objectif des dispositions était urgent et réel.

Abordant ensuite le critère de proportionnalité, le juge Epstein a conclu que l’on ne réalisait nullement l’objectif des dispositions en se fondant sur

22

23

24

25

persons access to a means of redress on the basis of their sexual orientation. She therefore held that the exclusion of same-sex couples is not rationally connected to the legislative objective. She reasoned that to justify this exclusion, those who seek to uphold the legislation would have to show that economically interdependent family units typically involve opposite-sex couples, and that economically interdependent relationships between same-sex partners are an anomaly. Epstein J. found that the evidence before her did not discharge this onus. Further, she rejected the Attorney General's argument that M.'s s. 15 rights were minimally impaired because she was still fully entitled to litigate her property claims. She found that other forms of redress are not relevant to a *Charter* claim: "discrimination is discrimination, regardless of what the aggrieved person may be able to do to ease the pain" (p. 613).

26

In evaluating next the proportionality between the effects of the legislation and its objective, Epstein J. concluded that the importance of providing an opportunity for some couples to claim support does not justify the infringement of the equality rights of other couples who are prevented from doing so for constitutionally irrelevant reasons. Epstein J. further noted that while some people may hold strong feelings about traditional family forms, granting same-sex couples access to the courts to pursue benefit claims will not affect the formation of opposite-sex unions.

27

Epstein J. considered the issue of legislative deference. She noted that unlike *Egan*, the possibility of increased demand for public funds is not an issue in this case. Rather, extending the spousal support provisions to cover same-sex couples results in decreased government expenditures because fewer people will need to look to social assistance upon the breakdown of a relationship. She also found that the Ontario legislature made it

l'orientation sexuelle pour refuser d'accorder à des personnes par ailleurs admissibles le moyen d'obtenir réparation. Elle a donc statué que l'exclusion des couples de même sexe n'était pas rationnellement liée à l'objectif législatif. Elle a conclu que pour justifier cette exclusion, ceux qui cherchent à faire confirmer la validité de la loi doivent prouver que l'interdépendance financière au sein des familles survient d'ordinaire chez les couples de sexe différent et que l'interdépendance financière entre partenaires de même sexe est une anomalie. Le juge Epstein a statué que la preuve soumise ne permettait pas de s'acquitter de ce fardeau. En outre, elle a rejeté l'argument du procureur général qui soutenait qu'il y avait atteinte minimale aux droits garantis à M. par l'art. 15 puisque celle-ci conservait le droit de s'adresser aux tribunaux pour faire valoir ses réclamations fondées sur le droit des biens. Elle a conclu que les autres formes de réparation ne sont pas pertinentes lorsqu'il s'agit d'une demande fondée sur la *Charte*: [TRADUCTION] «la discrimination demeure, peu importe ce que la personne lésée peut être en mesure de faire pour atténuer la souffrance» (p. 613).

Évaluant ensuite la proportionnalité entre les effets de la loi et son objectif, le juge Epstein a conclu que l'importance de permettre à certains couples de demander des aliments ne justifie pas l'atteinte portée aux droits à l'égalité d'autres couples qui sont empêchés de le faire pour des motifs non pertinents sur le plan constitutionnel. Le juge Epstein a ajouté que même si certains ont des idées bien arrêtées sur les formes de la famille traditionnelle, accorder aux couples de même sexe l'accès aux tribunaux afin qu'ils puissent demander une indemnité n'aura aucun effet sur la formation des unions entre personnes de sexe différent.

Le juge Epstein a examiné la question de la retenue dont il fallait faire preuve à l'égard du choix du législateur. Elle a souligné que, contrairement à l'arrêt *Egan*, la possibilité d'une augmentation du fardeau financier de l'État n'était pas en cause en l'espèce. Au contraire, élargir le champ d'application des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de manière à viser les couples de même sexe a pour effet de réduire les

clear that it cannot or will not move to redress this inequality. She noted that a bill that would have made the changes requested by M. was voted down in 1994, and that the Attorney General for Ontario opposed such an extension in this case. She concluded it was not realistic to regard the current state of Ontario law on this issue as part of a process of legislative reform.

Epstein J. held that s. 29 of the *FLA* is of no force and effect to the extent that it excludes same-sex couples from its definition of "spouse". She declared that the words "a man and woman" are to be severed from s. 29, and in their place the words "two persons" are to be read into the definition.

B. *Ontario Court of Appeal* (1996), 31 O.R. (3d) 417

1. Charron J.A., Doherty J.A. concurring

At the outset, Charron J.A. determined that a consideration of the relevance of the discriminatory distinction to the functional values of the legislation is better left to the s. 1 analysis. She adopted the approach to the s. 15(1) analysis set out by Cory J. in *Egan, supra*, and by McLachlin J. in *Miron, supra*.

Charron J.A. found that the distinction created by the legislation was between members of same-sex couples and members of unmarried opposite-sex couples. As such, the ability to marry was not at issue; instead, the inclusion of unmarried opposite-sex couples in the spousal support scheme opened the door to M.'s inequality claim.

Charron J.A. went on to conclude that same-sex couples are capable of meeting all the require-

dépenses de l'État parce que moins de personnes devront avoir recours à l'aide sociale à la rupture d'une union. Elle a aussi conclu que le législateur ontarien avait clairement indiqué qu'il ne pouvait ou ne voulait pas corriger cette inégalité. Elle a noté qu'un projet de loi qui aurait apporté les modifications demandées par M. avait été rejeté par la législature en 1994, et que le procureur général de l'Ontario s'opposait à cet élargissement du champ d'application de la loi dans la présente affaire. Elle a conclu qu'il n'était pas réaliste de considérer l'état actuel du droit ontarien sur la question comme une étape conduisant à une réforme législative.

Le juge Epstein a conclu que l'art. 29 de la *LDF* est inopérant dans la mesure où il exclut les couples de même sexe de la définition du mot «conjoint». Elle a déclaré que les mots «l'homme et la femme» doivent être retranchés de l'art. 29 et être remplacés, par recours à l'interprétation large, par les mots «deux personnes».

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1996), 31 O.R. (3d) 417

1. Le juge Charron, avec l'appui du juge Doherty

Dès le départ, le juge Charron a statué qu'il était préférable d'examiner la pertinence de la distinction discriminatoire quant aux valeurs fonctionnelles de la loi dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Elle a adopté la méthode établie par le juge Cory dans l'arrêt *Egan*, précité, et par le juge McLachlin dans *Miron*, précité, pour effectuer l'analyse fondée sur le par. 15(1).

Le juge Charron a conclu que la loi créait une distinction entre les membres des couples de même sexe et les membres des couples de sexe différent non mariés. La capacité de se marier en tant que telle n'était pas en cause, c'est plutôt que l'inclusion des couples de sexe différent non mariés dans le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints a permis à M. d'alléguer l'inégalité.

Le juge Charron a ensuite conclu que les couples de même sexe pouvaient satisfaire à toutes

28

29

30

31

ments in ss. 1(1) and 29 of the *FLA*, except the requirement that a spouse must be “either of a man and woman”. As such, she held that s. 29 draws a distinction based on sexual orientation. In light of this Court’s finding in *Egan* that sexual orientation is an analogous ground, she held that this distinction must constitute discrimination.

32 Turning to s. 1 of the *Charter*, Charron J.A. found that the general objective of the *FLA* was to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have become financially interdependent break down. Charron J.A. found that the support provisions in Part III of the *FLA* were aimed at furthering this objective, and were also intended to alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to support needy persons from the state to “spouses”, as defined by the Act, who had the capacity to provide support.

33 Charron J.A. also concluded that access to the spousal support scheme was extended beyond married couples because it was neither fair nor effective to choose marriage as the exclusive marker to identify those intimate relationships which give rise to economic interdependence or those individuals who should bear the burden of providing support to the other member of a failed relationship. Charron J.A. concluded that the underlying objective of both the legislation and the support provisions was clearly pressing and substantial.

34 Charron J.A. next considered the proportionality test. She noted that while the legislative provision could be found to be rationally connected to the objectives of the legislation, she also found it was incumbent on those supporting the legislation to show that the exclusion is also rationally connected to these objectives. Charron J.A. could not identify any evidence to support this proposition. Instead, she found that the inclusion of same-sex cohabitants within the s. 29 definition would only serve to further the goals of the legislation in that a greater number of persons would have access to

les exigences du par. 1(1) et de l’art. 29 de la *LDF*, sauf en ce qui concerne l’obligation pour un conjoint d’être soit l’homme, soit la femme. Elle a statué que l’art. 29, dans sa version actuelle, établissait une distinction fondée sur l’orientation sexuelle. À la lumière de l’arrêt *Egan* dans lequel notre Cour a jugé que l’orientation sexuelle est un motif analogue, elle a conclu que cette distinction constituait de la discrimination à coup sûr.

Passant à l’article premier de la *Charte*, le juge Charron a conclu que l’objectif général de la *LDF* était d’assurer le règlement équitable des différends d’ordre économique survenant à la rupture d’unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes. Le juge Charron a conclu que les dispositions relatives à l’obligation alimentaire de la partie III de la *LDF* visaient à favoriser la réalisation de cet objectif et à alléger le fardeau financier de l’État en faisant peser l’obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l’État mais sur les «conjoints» au sens de la Loi qui sont en mesure de le faire.

Le juge Charron a aussi conclu que l’accès au régime de l’obligation alimentaire entre conjoints a été étendu au-delà du cercle des couples mariés parce qu’il n’était ni juste ni efficace de retenir le mariage comme seul critère pour décider quelles unions intimes donnaient lieu à une interdépendance financière ou quel membre d’un couple désuni devait être tenu de fournir des aliments à l’autre. Le juge Charron a conclu que l’objectif sous-jacent de la loi et des dispositions relatives à l’obligation alimentaire était clairement urgent et réel.

Le juge Charron a ensuite examiné le critère de proportionnalité. Elle a conclu que, même si l’on pouvait considérer que la disposition législative avait un lien rationnel avec les objectifs de la loi, il incombait à ceux qui cherchaient à soutenir la loi d’établir que l’exclusion avait aussi un lien rationnel avec ces objectifs. Le juge Charron n’a pu trouver aucun élément de preuve pour étayer cette proposition. Au contraire, elle a statué que l’inclusion des cohabitants de même sexe au sens de la définition de l’art. 29 ne pourrait que favoriser les objectifs de la loi parce qu’un plus grand nombre

the *FLA*'s dispute-resolution mechanism and fewer people would look to the public purse to meet their needs.

Finally, Charron J.A. found that the provision does not minimally impair M.'s *Charter* rights, and that alternatives substantially less invasive of *Charter* rights might have been found. She concluded there was no proportionality between the effect of the measure and its objective, and therefore held that the infringement of s. 15(1) was not justified under s. 1 of the *Charter*.

Charron J.A. would have granted the same remedy as Epstein J. — i.e. severing the words “a man and woman” from the s. 29 definition and adding in their place the words “two persons”. However, Charron J.A. ordered that the declaratory remedy be temporarily suspended for one year to allow the legislature an opportunity to address the unconstitutionality of s. 29 of the *FLA*, and of other legislative provisions not before the court that might be affected by the ruling.

## 2. Finlayson J.A., dissenting

Finlayson J.A. began by holding that the distinction created by s. 29 is between opposite-sex and same-sex couples. As such, he held that the provision must be scrutinized for any discriminatory impact on same-sex couples and not on the individual members of such a couple. Accordingly, Finlayson J.A. found that the motions judge made a serious error in finding that the impact of the legislative distinction could be considered with respect to M. only. He instead held that M. and H. had to be looked at collectively to determine whether, as a couple, they were denied equal protection and benefit of the law.

de personnes auraient accès au mécanisme de règlement des différends prévu par la *LDF* et que moins de gens demanderaient à l'État de subvenir à leurs besoins.

Finalement, le juge Charron a conclu que la disposition ne portait pas atteinte d'une façon minimale aux droits garantis à M. par la *Charte* et qu'on aurait pu trouver des solutions de rechange moins attentatoires aux droits protégés par la *Charte*. Elle a conclu que l'effet de la mesure était hors de proportion avec son objectif et par conséquent, elle a statué que la violation du par. 15(1) n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge Charron était d'avis d'accorder la même réparation que le juge Epstein, soit de retrancher les mots «l'homme et la femme» de la définition de l'art. 29 et de les remplacer par les mots «deux personnes». Cependant, le juge Charron a ordonné que la réparation prévue par le jugement déclaratoire soit suspendue temporairement pendant un an afin de permettre au législateur de corriger l'inconstitutionnalité de l'art. 29 de la *LDF* et des autres dispositions législatives non contestées devant la cour qui pourraient être visées par la décision.

## 2. La dissidence du juge Finlayson

Le juge Finlayson a commencé par statuer que l'art. 29 établissait une distinction entre couples de sexe différent et couples de même sexe. Il a conclu que la disposition en tant que telle devait être analysée en vue de déceler toute incidence discriminatoire sur les couples de même sexe, et non sur chacun des membres de tels couples. Le juge Finlayson a donc conclu que le juge des requêtes avait commis une erreur grave en statuant que l'incidence de la distinction créée par la loi pouvait être prise en considération seulement en ce qui concerne M. Il a conclu, au contraire, que M. et H. devaient être considérées collectivement pour déterminer si, comme couple, elles s'étaient vu refuser la même protection et le même bénéfice de la loi.

35

36

37

38 Finlayson J.A. distinguished this case from *Egan, supra*, and *Miron, supra*, by noting that the *FLA* does not confer an economic gain on one member of a couple; rather, it simply provides for the possible redistribution of wealth within a couple. Moreover, in *Egan*, the two partners made a joint decision to apply for the pensioner's spousal allowance; here, H. vigorously objects to being deemed M.'s spouse for the purpose of the *FLA*'s support provisions. Finally, Finlayson J.A. held that, unlike *Egan*, it cannot be said that the *FLA* somehow sends a message that same-sex relationships are less worthy of respect or support. He reasoned that the *FLA* did not offer monetary support to opposite-sex relationships but, rather, attempted to make one member of the relationship responsible, to some degree, for the social costs of marriage.

Le juge Finlayson a établi une distinction entre le présent pourvoi et les arrêts *Egan* et *Miron*, précités, en faisant remarquer que la *LDF* n'accorde pas d'avantage financier à l'un des membres du couple; elle prévoit simplement la possibilité d'une nouvelle répartition des biens au sein du couple. Au surplus, dans *Egan*, les deux partenaires avaient pris conjointement la décision de demander l'allocation au conjoint du pensionné; dans le présent pourvoi, H. s'oppose vigoureusement à être considérée comme la conjointe de M. pour l'application des dispositions relatives à l'obligation alimentaire de la *LDF*. Finalement, le juge Finlayson a statué que, contrairement à l'arrêt *Egan*, on ne pouvait affirmer en l'espèce que la *LDF* transmettait en quelque sorte le message que les unions entre personnes de même sexe sont moins dignes de respect ou de soutien. Il a conclu que la *LDF* n'accordait pas de soutien financier aux unions entre personnes de sexe différent, mais visait plutôt à imputer à l'un des membres du couple une part de responsabilité quant aux coûts sociaux engendrés par le mariage.

39 Accordingly, Finlayson J.A. held that, while the support provisions do treat same-sex couples differently from opposite-sex couples, same-sex couples are not denied either the material benefits or the dignity accorded to other groups. Cohabiting same-sex couples simply cannot obtain the marital status accorded to opposite-sex couples. Finlayson J.A. was not convinced that the formal attributes of marital status, unaccompanied by any material advantage, constituted a "benefit" of the law.

Par conséquent, le juge Finlayson a statué que, même si les dispositions relatives à l'obligation alimentaire traitaient effectivement les couples de même sexe différemment des couples de sexe différent, les couples de même sexe n'étaient privés ni des avantages matériels ni de la dignité accordés aux autres groupes. Les couples de même sexe qui cohabitent ne pouvaient tout simplement pas se voir reconnaître l'état matrimonial conféré aux couples de sexe différent. Le juge Finlayson n'était pas convaincu que les attributs formels de l'état matrimonial, non accompagnés d'avantages matériels, constituaient un «bénéfice» de la loi.

40 Finlayson J.A. also found that the s. 15(1) issue in this case impacts directly on the societal concept of marriage, since he concluded that the definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA* is designed to extend marital status to couples who have married formally or who cohabit as husband and wife. Because he found that neither *Egan* nor *Miron* addressed this aspect of the s. 15(1) issue, Finlayson J.A. adopted the four-judge dissent in *Egan* wherein La Forest J. addressed the meaning

De même, le juge Finlayson a statué que la question relative au par. 15(1) en litige en l'espèce avait une incidence directe sur l'idée que la société se fait du mariage, car il a conclu que la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* visait à conférer l'état matrimonial aux couples officiellement mariés et à ceux qui vivent maritalement. Parce qu'il a conclu que ni *Egan* ni *Miron* n'avaient abordé cet aspect de la question relative au par. 15(1), le juge Finlayson a fait siens les

of marriage as a basic social institution. For the same reasons, he concluded there was no s. 15(1) breach in this case, since the legislature chose to regulate opposite-sex unions recognizing that they are the traditional and basic social structure for the procreation of children. He held that the legislature recognized the historical fact of the interrelationship between child rearing and the dependency of the female spouse, and accordingly provided for mutual support obligations between spouses in this context.

Finlayson J.A. went on to note that had he found a s. 15(1) violation, he would have upheld the validity of the provision under s. 1. He accepted and applied this Court's holding in *Egan* to the effect that governments must be permitted to act incrementally in social policy areas. He also held that the court below characterized the purpose of the *FLA*'s support provisions too narrowly. He noted that under s. 30 of the *FLA*, support obligations rest on both spouses and are not contingent on the breakdown of the relationship. Further, entitlement to support is not conditional on proof that the applicant's need is causally related to the relationship. He concluded that the motions judge, in confining her *Charter* analysis to a finding that the state denied M. a benefit, did not appreciate the nature or extent of the burden she was proposing to place on H.

Finally, Finlayson J.A. noted that the term "cohabit" in s. 1(1) of the *FLA* means "to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage". He noted that the court below had not determined how same-sex cohabitants could come within the definition of a "conjugal" couple, that is to say, two persons holding themselves out as husband and wife. Similarly, he found the court below had failed to address the fact that Part IV of the *FLA* would not permit same-sex

motifs des quatre juges dissidents de l'arrêt *Egan* dans lequel le juge La Forest s'est penché sur le sens du mariage en tant qu'institution sociale fondamentale. Pour les mêmes motifs, il a conclu qu'il n'y avait pas violation du par. 15(1) en l'espèce, étant donné que le législateur avait choisi de régir les unions entre personnes de sexe différent en reconnaissant qu'elles constituaient la structure sociale traditionnelle et fondamentale qui permet la procréation. Il a statué que le législateur reconnaissait le caractère historique de l'interrelation entre l'éducation des enfants et la dépendance de l'épouse et qu'il avait pour cette raison assujéti les conjoints à une obligation alimentaire réciproque dans ce contexte.

Le juge Finlayson a poursuivi en soulignant que, s'il avait conclu à l'existence d'une violation du par. 15(1), il aurait confirmé la validité de la disposition en vertu de l'article premier. Il a appliqué l'arrêt *Egan* dans lequel notre Cour a affirmé que les gouvernements doivent pouvoir agir de manière graduelle en matière de politique sociale. De plus, il a conclu que le tribunal d'instance inférieure avait défini de manière trop étroite l'objet des dispositions relatives à l'obligation alimentaire de la *LDF*. Il a souligné qu'en vertu de l'art. 30 de la *LDF*, l'obligation alimentaire pèse sur les deux conjoints et ne dépend pas de la rupture de l'union. En outre, le droit aux aliments n'est pas subordonné à la preuve que les besoins du demandeur ont un lien de causalité avec l'union. Il a conclu que le juge des requêtes, qui s'est bornée à statuer à l'issue de son analyse fondée sur la *Charte* que l'État avait refusé un avantage à M., n'avait pas évalué la nature ni le poids du fardeau qu'elle proposait d'imposer à H.

Finalement, le juge Finlayson a constaté que le terme «cohabiter» employé au par. 1(1) de la *LDF* s'entendait du fait de «[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu'il y ait eu mariage ou non». Il a noté que le tribunal de juridiction inférieure n'avait pas dit comment les cohabitants de même sexe pouvaient être visés par la définition du couple «conjugal», soit deux personnes se présentant comme mari et femme. De façon similaire, il a conclu que le tribunal d'instance inférieure n'avait

41

42

cohabitants to opt out of the statutory support regime, leaving same-sex couples in a different position than their opposite-sex counterparts. Finlayson J.A. would have allowed the appeal and declared s. 29 of the *FLA* constitutionally valid.

## V. Analysis

### A. *Mootness*

<sup>43</sup> Shortly before this appeal was heard in this Court, the respondents M. and H. reached a settlement of the financial issues that gave rise to this litigation. The original parties to this dispute thus no longer have a vested interest in its outcome, and the appeal is moot so far as they are concerned. However, leave to appeal was not granted to either of the original parties; rather, the Attorney General for Ontario alone sought and was granted leave to appeal the judgment of the court below. This case is similar to *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, and the conclusions reached by Lamer J. (as he then was) in that case at p. 97 are apposite and determinative of this issue:

... even if the appeal were pointless so far as respondent is concerned, it is not respondent who is appealing the Court of Appeal judgment. It is the Attorney General of Quebec who is appealing from that decision: the question of whether the issue is moot is determined in light of the appellant's interests. If this Court refuses to address the issue, the Court of Appeal judgment declaring void the relevant sections... will stand... Moreover, these are generally applicable provisions: the problem of discrimination does not affect respondent alone, but may arise in respect of every professional candidate. In my view, therefore, the issue is not moot so far as Quebec is concerned and it is our duty to consider it on its merits.

<sup>44</sup> Moreover, even if the appeal were moot, it would be appropriate for the Court to exercise its discretion in order to decide these important issues. The social cost of leaving this matter unde-

pas tenu compte du fait que la partie IV de la *LDF* ne permettrait pas aux cohabitants de même sexe de choisir de s'exclure du régime de l'obligation alimentaire prévu par la loi, ce qui placerait les couples de même sexe dans une situation différente de celle des couples de sexe différent. Le juge Finlayson aurait accueilli l'appel et aurait déclaré l'art. 29 de la *LDF* valide sur le plan constitutionnel.

## V. Analyse

### A. *Le caractère théorique*

Peu avant l'audition du présent pourvoi par notre Cour, les intimées M. et H. sont parvenues à un règlement sur les questions financières qui avaient donné lieu au présent litige. Les parties originaires n'ont donc plus d'intérêt acquis quant à l'issue du litige, et pour elles, le pourvoi est théorique. Cependant, l'autorisation de pourvoi n'a été accordée à aucune des parties originaires; c'est le procureur général de l'Ontario qui, seul, a demandé et obtenu l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. La présente affaire est semblable à *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, et les conclusions tirées par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) à la p. 97 sont pertinentes et déterminantes dans le présent litige:

... même si le pourvoi était sans objet pour l'intimée, ce n'est pas elle qui interjette appel du jugement de la Cour d'appel. En effet, c'est le procureur général du Québec qui se pourvoit à l'encontre de cette décision; la question de savoir si le débat est théorique ou non se détermine en fonction des intérêts de l'appelant. Si cette Cour refuse de se pencher sur le litige, la décision de la Cour d'appel déclarant nulles les dispositions [...] pertinentes [...] demeurera. [...] De plus, il s'agit en l'espèce de dispositions d'application générale; le problème de discrimination ne concerne pas uniquement l'intimée, mais risque de se poser à l'égard de chaque aspirant professionnel. À mon avis, le débat n'est donc pas, pour le Québec, théorique et c'est notre devoir d'examiner le fond du litige.

Qui plus est, même si le pourvoi était théorique, il serait approprié que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour trancher ces questions importantes. Laisser cette affaire sans réponse entraîne-

cided would be significant. The appeal has come to this Court in an adversarial context. The record is ample and complete and all points of view were very well presented. A consideration of all these factors confirms that it would be appropriate for this Court to exercise its discretion to hear this appeal. See *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pp. 361-62.

**B. Does Section 29 of the FLA Infringe Section 15(1) of the Charter?**

The Attorney General for Ontario, displaying great candour, very fairly conceded that s. 29 of the *FLA* contravenes the provisions of s. 15 of the *Charter*. His entire argument was directed at demonstrating that the section was nonetheless justifiable and saved by s. 1 of the *Charter*. The Court is certainly not bound by this concession. Although, in my view, he was correct in taking this position, it would not be appropriate in this appeal to undertake only a s. 1 analysis without considering whether s. 15 has in fact been violated. The s. 15(1) issue in this case is important not only to the parties but also to many Canadians. It was the subject of extensive submissions by the respondent H. and many of the interveners.

**1. Approach to Section 15(1)**

In the recent decision of this Court in *Law, supra*, Iacobucci J. summarized some of the main guidelines for analysis under s. 15(1) to be derived from the jurisprudence of this Court. He emphasized that these guidelines do not represent a strict test, but rather should be understood as points of reference for a court that is called upon to decide whether a claimant's right to equality without discrimination under the *Charter* has been infringed: see para. 88.

Iacobucci J. explained that the s. 15(1) equality guarantee is to be interpreted and applied in a purposive and contextual manner, in order to permit the realization of the provision's strong remedial

rait un coût social considérable. Ce pourvoi a été présenté à notre Cour dans le contexte d'un débat contradictoire. Le dossier est volumineux et complet, et tous les points de vue ont été très bien exposés. Tous ces facteurs confirment qu'il convient que notre Cour exerce son pouvoir discrétionnaire d'entendre le présent pourvoi. Voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, aux pp. 361 et 362.

**B. L'article 29 de la LDF viole-t-il le par. 15(1) de la Charte?**

Faisant preuve d'une grande franchise, le procureur général de l'Ontario a admis très honnêtement que l'art. 29 de la *LDF* contrevenait aux dispositions de l'art. 15 de la *Charte*. Toute son argumentation vise à démontrer que cet article est néanmoins justifiable et sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. La Cour n'est certainement pas liée par cette admission. Bien qu'à mon avis, il ait eu raison d'adopter cette position, il ne viendrait pas dans le présent pourvoi d'effectuer l'analyse fondée sur l'article premier sans examiner si l'art. 15 a en fait été violé. La question relative au par. 15(1) dans la présente affaire est importante non seulement pour les parties mais pour beaucoup de canadiens. L'intimée H. et bon nombre des intervenants ont traité le sujet en profondeur.

**1. Application du par. 15(1)**

Dans l'arrêt récent de notre Cour *Law*, précité, le juge Iacobucci a résumé certaines des principales lignes directrices pour l'analyse fondée sur le par. 15(1) qui découlent de la jurisprudence de notre Cour. Il a insisté sur le fait que ces lignes directrices ne doivent pas être perçues comme des critères stricts, mais plutôt comme des points de repère pour les tribunaux appelés à décider s'il y a atteinte au droit à l'égalité d'un demandeur, indépendamment de toute discrimination, au sens de la *Charte*: voir le par. 88.

Le juge Iacobucci a expliqué que la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) doit être interprétée et appliquée au moyen d'une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte pour permettre la réalisa-

45

46

47

purpose, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach. Following a review of this Court's jurisprudence regarding the fundamental purpose of s. 15(1), he stated this purpose in the following terms, at para. 88:

In general terms, the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

Iacobucci J. stated that the existence of a conflict between the purpose or effect of an impugned law, on the one hand, and this fundamental purpose of the equality guarantee, on the other, is essential in order to found a discrimination claim.

48

In *Law*, Iacobucci J. reviewed various articulations of the proper approach to be taken in analyzing a s. 15(1) claim, as expressed in the jurisprudence of this Court. At para. 39, he summarized the basic elements of this Court's approach as involving three broad inquiries, in the following terms:

In my view, the proper approach to analyzing a claim of discrimination under s. 15(1) of the *Charter* involves a synthesis of these various articulations. Following upon the analysis in *Andrews*, *supra*, and the two-step framework set out in *Egan*, *supra*, and *Miron*, *supra*, among other cases, a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of

tion de l'important objet réparateur de cette disposition et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique. Après un examen de la jurisprudence de notre Cour portant sur l'objet fondamental du par. 15(1), il a exposé cet objet de la façon suivante, au par. 88:

En termes généraux, l'objet du par. 15(1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

Le juge Iacobucci a dit qu'il devait absolument y avoir un conflit entre l'objet ou les effets de la loi contestée, d'une part, et cet objet fondamental de la garantie d'égalité, d'autre part, pour fonder une allégation de discrimination.

Dans *Law*, le juge Iacobucci a examiné les différentes formulations de la méthode qu'il convient d'adopter pour analyser une demande fondée sur le par. 15(1), telles qu'elles ont été énoncées dans la jurisprudence de notre Cour. Au paragraphe 39, il a ramené les éléments de base de la méthode retenue par notre Cour à trois grandes questions, en ces termes:

À mon avis, pour analyser une allégation de discrimination fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*, il convient de faire une synthèse de ces différentes démarches. Appliquant l'analyse énoncée dans *Andrews*, précité, et l'analyse en deux étapes décrite notamment dans *Egan* et *Miron*, précités, le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la

s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? [Emphasis in original.]

## 2. The Structure of the *Family Law Act*

To begin, it may be useful to review briefly the structure of the *FLA* and the rights and obligations it establishes. First and foremost, it is of critical importance to recognize that the *FLA* contains more than one definition of "spouse". The first definition is set out in s. 1(1) and includes only persons who are actually married, or who have entered into a void or voidable marriage in good faith. This definition applies to all parts of the Act.

The second definition is found in s. 29, and extends the meaning of "spouse", but only for certain purposes. Specifically, unmarried opposite-sex couples who have cohabited for at least three years, or who are the natural or adoptive parents of a child and have also cohabited in a relationship of "some permanence", bear a mutual obligation of support under Part III of the *FLA*. They also have the right to enter into cohabitation agreements to regulate their relationship under Part IV, and may bring a claim for dependants' relief in tort under Part V.

All these rights and obligations are obviously available to married persons as well. However, married persons have additional rights under the *FLA* that are denied common law cohabitants, even those who meet the requirements of s. 29. Under Part I, a husband or wife may apply for an equal share of the wealth generated during the marriage, and of the matrimonial home. Under Part II, both married spouses have a right to possession of the matrimonial home, regardless of who owns the property. Moreover, the ability of the owner of the matrimonial home to sell or encumber the property without the consent of the other spouse is severely

différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? [Souligné dans l'original.]

## 2. L'économie de la *Loi sur le droit de la famille*

Il peut être utile, pour commencer, de revoir brièvement l'économie de la *LDF* ainsi que les droits et les obligations qu'elle établit. D'abord et avant tout, il est d'une importance cruciale de se rendre compte que la *LDF* renferme plus d'une définition du mot «conjoint». La première définition se trouve au par. 1(1) et vise seulement les personnes qui sont effectivement mariées ou ont contracté de bonne foi un mariage nul de nullité relative ou absolue. Cette définition s'applique à toutes les parties de la Loi.

La seconde définition, qui se trouve à l'art. 29, élargit le sens du mot «conjoint», mais seulement à certaines fins. Tout particulièrement, les couples de sexe différent non mariés qui ont cohabité pendant au moins trois ans ou qui sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant et ont cohabité dans une relation d'une «certaine permanence» sont assujettis à une obligation alimentaire réciproque en vertu de la partie III de la *LDF*. Ils ont aussi le droit en vertu de la partie IV de conclure des accords de cohabitation pour régir leur union et ils peuvent intenter l'action en dommages-intérêts ouverte aux personnes à charge en vertu de la partie V.

Évidemment, les personnes mariées peuvent aussi invoquer tous ces droits et toutes ces obligations. Cependant, en vertu de la *LDF*, les personnes mariées peuvent exercer des droits qui ne sont pas accordés aux conjoints de fait qui cohabitent, même à ceux qui satisfont aux exigences de l'art. 29. En vertu de la partie I, le mari ou la femme peut demander une part égale des biens acquis au cours du mariage et du foyer conjugal. En vertu de la partie II, les deux conjoints mariés ont droit à la possession du foyer conjugal, peu importe qui en est propriétaire. Qui plus est, la capacité du propriétaire du foyer conjugal de le

49

50

51

restricted. These mutual rights and obligations are denied all unmarried opposite-sex cohabitants.

52 These observations on the structure of the *FLA* serve to emphasize that this appeal has nothing to do with marriage *per se*. Much of the *FLA* is devoted solely to regulating the relationship that exists between married persons, or persons who intend to be married. They alone are guaranteed certain property rights that are not extended to any unmarried persons. In some specific instances — such as Part III dealing with support obligations — the legislature has seen fit to extend the rights and obligations that arise under the *FLA* beyond married persons to include certain unmarried persons as well.

53 In other words, the *FLA* draws a distinction by specifically according rights to individual members of unmarried cohabiting opposite-sex couples, which by omission it fails to accord to individual members of same-sex couples who are living together. It is this distinction that lies at the heart of the s. 15 analysis. The rights and obligations that exist between married persons play no part in this analysis. The legislature did not extend full marital status, for the purposes of all the rights and obligations under the *FLA*, to those unmarried cohabitants included in s. 29 of the Act. Rather, the definition of “spouse” in s. 29 only applies for certain purposes. Specifically, it allows persons who became financially dependent in the course of a lengthy intimate relationship some relief from financial hardship resulting from the breakdown of that relationship. It follows that this provision was designed to reduce the demands on the public welfare system. This will be discussed more fully in the s. 1 analysis below.

54 It is true that women in common law relationships often tended to become financially dependent on their male partners because they raised their

vendre ou de le grever d’une charge quelconque sans le consentement de l’autre conjoint est grandement restreinte. Ces droits et obligations réciproques sont refusés à tous les cohabitants de sexe différent non mariés.

Ces observations sur l’économie de la *LDF* font ressortir le fait que le présent pourvoi n’a rien à voir avec le mariage comme tel. Une bonne partie des dispositions de la *LDF* vise seulement à régir les rapports entre personnes mariées ou personnes projetant de se marier. Elles seules peuvent exercer certains droits patrimoniaux qui ne sont pas conférés aux personnes non mariées. Dans certains cas précis — par exemple, sous le régime de la partie III consacrée aux obligations alimentaires — le législateur a jugé opportun d’étendre l’application des droits et obligations établis par la *LDF* au-delà du cercle des personnes mariées de manière à inclure aussi certaines personnes non mariées.

Autrement dit, la *LDF* établit une distinction en accordant expressément à chacun des membres des couples de sexe différent non mariés qui cohabitent des droits dont elle prive, par omission, chacun des membres des couples de même sexe qui vivent ensemble. C’est cette distinction qui est au cœur de l’analyse fondée sur l’art. 15. Il n’est pas question des droits et obligations existant entre personnes mariées dans cette analyse. Le législateur n’a pas attribué l’état matrimonial aux cohabitants non mariés visés à l’art. 29 de la Loi en ce qui concerne l’ensemble des droits et obligations prévus par la *LDF*. Au contraire, la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 ne s’applique qu’à certaines fins. Particulièrement, elle prévoit au profit des personnes devenues financièrement dépendantes au cours d’une longue union intime certains recours pour faire face aux difficultés financières résultant de la rupture de l’union. Cela veut dire que cette disposition a été conçue dans l’optique d’une diminution de la charge imposée à l’aide sociale. Ce point est examiné plus en profondeur ci-dessous, dans la partie consacrée à l’analyse fondée sur l’article premier.

Il est vrai que les femmes vivant en union de fait ont souvent eu tendance à devenir financièrement dépendante de leur partenaire masculin parce

children and because of their unequal earning power. But the legislature drafted s. 29 to allow either a man or a woman to apply for support, thereby recognizing that financial dependence can arise in an intimate relationship in a context entirely unrelated either to child rearing or to any gender-based discrimination existing in our society. See discussion of s. 1 of the *Charter*, below. Indeed, the special situation of financial dependence potentially created by procreation is specifically addressed in s. 29(b). This appeal is concerned only with s. 29(a). That section is aimed at remedying situations of dependence in intimate relationships without imposing any limitation relating to the circumstances that may give rise to that dependence.

It is thus apparent that in this appeal there is no need to consider whether same-sex couples can marry, or whether same-sex couples must, for all purposes, be treated in the same manner as unmarried opposite-sex couples. The only determination that must be made is whether, in extending the spousal support obligations set out in Part III of the *FLA* to include unmarried men or women in certain opposite-sex relationships, the legislature infringed the equality rights of men or women in similar same-sex relationships, and if so, whether that infringement may be saved by s. 1 of the *Charter*.

### 3. The Existence of Differential Treatment

A consideration of the essence of M.'s claim requires a more detailed review of Part III of the *FLA*. In Part III, ss. 30 to 32 impose an obligation on persons to support themselves and their dependants. A "dependant" can be the spouse, child or parent of the person who must fulfil the support obligation. The definition of "spouse" in s. 29 applies to all of Part III and includes a person who is actually married, and also:

qu'elles éduquaient leurs enfants et avaient une capacité de gain moindre. Mais le législateur a rédigé l'art. 29 de manière à permettre à un homme ou à une femme de demander des aliments, reconnaissant ainsi qu'une dépendance financière peut survenir au sein d'une union intime, dans un contexte tout à fait étranger à l'éducation des enfants ou à la discrimination fondée sur le sexe pouvant exister dans notre société. Voir à ce sujet l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* ci-dessous. En fait, l'al. 29b) concerne expressément ce cas particulier de dépendance financière que la procréation peut entraîner. Le présent pourvoi ne porte que sur l'al. 29a). Cet alinéa vise à corriger les situations de dépendance au sein d'unions intimes, sans imposer de restrictions relatives aux circonstances susceptibles d'engendrer cette dépendance.

À l'évidence, il n'est pas nécessaire dans le présent pourvoi de se demander si les couples de même sexe peuvent se marier ni s'ils doivent dans tous les cas être traités de la même manière que les couples de sexe différent non mariés. La seule question à trancher est de savoir si, en élargissant le champ d'application des obligations alimentaires entre conjoints établies dans la partie III de la *LDF* de manière à inclure les hommes ou les femmes non mariés formant certaines unions entre personnes de sexe différent, le législateur a violé les droits à l'égalité des hommes ou des femmes qui forment avec une personne du même sexe une union similaire, et, dans l'affirmative, si cette violation peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

### 3. L'existence d'une différence de traitement

Pour examiner l'essence des prétentions de M., il faut étudier plus en détail la partie III de la *LDF*. Dans cette partie, les art. 30 à 32 assujettissent des personnes à l'obligation de subvenir à leurs propres besoins et à ceux des personnes à leur charge. La «personne à charge» peut être le conjoint, l'enfant, le père ou la mère du débiteur d'aliments. La définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 s'applique à l'ensemble de la partie III et vise la personne qui est effectivement mariée, de même que:

55

56

... either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited,

- (a) continuously for a period of not less than three years, or
- (b) in a relationship of some permanence, if they are the natural or adoptive parents of a child.

Section 1(1) defines "cohabit" as "to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage".

57

The definition clearly indicates that the legislature decided to extend the obligation to provide spousal support beyond married persons. Obligations to provide support were no longer dependent upon marriage. The obligation was extended to include those relationships which:

- (i) exist between a man and a woman;
- (ii) have a specific degree of permanence;
- (iii) are conjugal.

Only individuals in relationships which meet these minimum criteria may apply for a support order under Part III of the *FLA*.

58

Same-sex relationships are capable of meeting the last two requirements. Certainly same-sex couples will often form long, lasting, loving and intimate relationships. The choices they make in the context of those relationships may give rise to the financial dependence of one partner on the other. Though it might be argued that same-sex couples do not live together in "conjugal" relationships, in the sense that they cannot "hold themselves out" as husband and wife, on this issue I am in agreement with the reasoning and conclusions of the majority of the Court of Appeal.

59

*Molodowich v. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376 (Ont. Dist. Ct.), sets out the generally accepted characteristics of a conjugal relationship. They include shared shelter, sexual and personal behaviour, services, social activities, economic support and children, as well as the societal perception of the couple. However, it was recognized that these

... l'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas:

- a) de façon continue depuis au moins trois ans;
- b) dans une relation d'une certaine permanence, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant.

Aux termes du par. 1(1), le mot «cohabiter» s'entend du fait de «[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu'il y ait eu mariage ou non».

La définition indique clairement que le législateur avait décidé d'étendre l'obligation alimentaire entre conjoints au-delà du cercle des personnes mariées. L'obligation alimentaire n'était plus subordonnée à l'existence d'un mariage. Elle s'appliquait aux unions qui:

- (i) sont formées par un homme et une femme;
- (ii) remplissent des conditions de durée précises;
- (iii) sont conjugales.

Seules les personnes dont l'union satisfait à ces critères minimaux peuvent demander une ordonnance alimentaire en vertu de la partie III de la *LDF*.

Les unions entre personnes de même sexe peuvent satisfaire aux deux dernières exigences. Sans aucun doute, les couples de même sexe forment souvent des unions durables, aimantes et intimes. Les choix faits dans le contexte de ces unions peuvent entraîner la dépendance financière de l'un des partenaires par rapport à l'autre. Bien qu'on puisse soutenir que les couples de même sexe ne forment pas une union «conjugale», en ce sens que les partenaires ne peuvent «se présenter» comme mari et femme, je suis d'accord sur ce point avec le raisonnement et les conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel.

*Molodowich c. Penttinen* (1980), 17 R.F.L. (2d) 376 (C. dist. Ont.), énonce les caractéristiques généralement acceptées de l'union conjugale, soit le partage d'un toit, les rapports personnels et sexuels, les services, les activités sociales, le soutien financier, les enfants et aussi l'image sociétale du couple. Toutefois, il a été reconnu que ces élé-

elements may be present in varying degrees and not all are necessary for the relationship to be found to be conjugal. While it is true that there may not be any consensus as to the societal perception of same-sex couples, there is agreement that same-sex couples share many other “conjugal” characteristics. In order to come within the definition, neither opposite-sex couples nor same-sex couples are required to fit precisely the traditional marital model to demonstrate that the relationship is “conjugal”.

Certainly an opposite-sex couple may, after many years together, be considered to be in a conjugal relationship although they have neither children nor sexual relations. Obviously the weight to be accorded the various elements or factors to be considered in determining whether an opposite-sex couple is in a conjugal relationship will vary widely and almost infinitely. The same must hold true of same-sex couples. Courts have wisely determined that the approach to determining whether a relationship is conjugal must be flexible. This must be so, for the relationships of all couples will vary widely. In these circumstances, the Court of Appeal correctly concluded that there is nothing to suggest that same-sex couples do not meet the legal definition of “conjugal”.

Since gay and lesbian individuals are capable of being involved in conjugal relationships, and since their relationships are capable of meeting the *FLA*'s temporal requirements, the distinction of relevance to this appeal is between persons in an opposite-sex, conjugal relationship of some permanence and persons in a same-sex, conjugal relationship of some permanence. In this regard, I must disagree with the dissenting opinion in the court below, which characterized the distinction arising in s. 29 as being between opposite-sex and same-sex couples. This conclusion would require that the section be scrutinized for any discriminatory impact it may have on same-sex couples, and not on the individual members of that couple. Section 29 defines “spouse” as “either of a man and

ments peuvent être présents à des degrés divers et que tous ne sont pas nécessaires pour que l'union soit tenue pour conjugale. S'il est vrai que l'image sociale des couples de même sexe ne fait pas nécessairement l'objet d'un consensus, l'on s'entend pour dire qu'ils ont en commun bon nombre des autres caractéristiques «conjugales». Pour être visés par la définition, ni les couples de sexe différent ni les couples de même sexe n'ont besoin de se conformer parfaitement au modèle matrimonial traditionnel afin de prouver que leur union est «conjugale».

Un couple de sexe différent peut certainement, après de nombreuses années de vie commune, être considéré comme formant une union conjugale, même sans enfants ni relations sexuelles. Évidemment, le poids à accorder aux divers éléments ou facteurs qui doivent être pris en considération pour déterminer si un couple de sexe différent forme une union conjugale variera grandement, presque à l'infini. Cela doit s'appliquer aussi aux couples de même sexe. Les tribunaux ont eu la sagesse d'adopter une méthode souple pour déterminer si une union est conjugale. Il doit en être ainsi parce que les rapports dans les couples varient beaucoup. Dans les circonstances, la Cour d'appel a eu raison de conclure que rien ne donne à penser que les couples de même sexe ne satisfont pas aux exigences de la définition juridique du mot «conjugal».

Étant donné que les gais et les lesbiennes peuvent former des unions conjugales et que ces unions peuvent remplir les conditions de durée fixées par la *LDF*, la distinction pertinente dans le présent pourvoi est établie entre les personnes formant une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne de sexe différent et celles qui forment une union conjugale d'une certaine permanence avec une personne du même sexe. À cet égard, je dois exprimer mon désaccord avec l'opinion dissidente de la juridiction inférieure selon laquelle l'art. 29 établit une distinction entre les couples de sexe différent et les couples de même sexe. Cette conclusion exigerait que l'article contesté soit examiné en vue de déceler toute incidence discriminatoire qu'il pourrait avoir sur les

60

61

woman” who meet the other requirements of the section. It follows that the definition could not have been meant to define a couple. Rather it explicitly refers to the individual members of the couple. Thus the distinction of relevance must be between individual persons in a same-sex, conjugal relationship of some permanence and individual persons in an opposite-sex, conjugal relationship of some permanence.

couples de même sexe, et non sur les membres de ces couples. Aux termes de l’art. 29, le «conjoint» est soit l’homme, soit la femme qui satisfait aux autres exigences de l’article. La définition ne pouvait donc avoir été conçue en vue de définir un couple. Elle renvoie plutôt expressément aux membres du couple, pris individuellement. Par conséquent, il faut que la distinction pertinente soit établie entre les personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne du même sexe et les personnes formant une union conjugale d’une certaine permanence avec une personne de sexe différent.

62 Thus it is apparent that the legislation has drawn a formal distinction between the claimant and others, based on personal characteristics. As stated in *Law, supra*, the first broad inquiry in the s. 15(1) analysis determines whether there is differential treatment imposed by the impugned legislation between the claimant and others. It is clear that there is differential treatment here. Under s. 29 of the *FLA*, members of opposite-sex couples who can meet the requirements of the statute are able to gain access to the court-enforced system of support provided by the *FLA*. It is this system that ensures the provision of support to a dependent spouse. Members of same-sex couples are denied access to this system entirely on the basis of their sexual orientation.

Il est par conséquent manifeste que la loi a établi une distinction formelle entre la demanderesse et d’autres personnes, laquelle est fondée sur des caractéristiques personnelles. Comme le dit l’arrêt *Law*, précité, la première grande question soulevée dans le cadre de l’analyse fondée sur le par. 15(1) vise à déterminer si la loi contestée impose une différence de traitement entre le demandeur et d’autres personnes. Il est évident qu’il y a une différence de traitement dans la présente affaire. En vertu de l’art. 29 de la *LDF*, les membres des couples de sexe différent qui peuvent remplir les exigences de la loi ont accès au régime de l’obligation alimentaire mis en application par les tribunaux que prévoit la *LDF*. C’est ce régime qui assure la fourniture d’aliments au conjoint qui se trouve à la charge de l’autre. Les membres des couples de même sexe se voient absolument refuser l’accès à ce régime sur le fondement de leur orientation sexuelle.

#### 4. Sexual Orientation is an Analogous Ground

#### 4. L’orientation sexuelle est un motif analogue

63 Not every legislative distinction is discriminatory. Before it can be found that it gives rise to discrimination, it must be shown that an equality right was denied on the basis of an enumerated or analogous ground, and that this differential treatment discriminates “in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter*”: *Law, supra*, at para. 39 (emphasis in original).

Les distinctions créées par les lois n’emportent pas toutes discrimination. Avant de pouvoir conclure à la discrimination, il faut établir qu’un droit à l’égalité a été nié sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue et que cette différence de traitement est «réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l’objet du par. 15(1) de la *Charte*»: *Law*, précité, au par. 39 (souligné dans l’original).

64 In *Egan, supra*, this Court unanimously affirmed that sexual orientation is an analogous ground to those enumerated in s. 15(1). Sexual

Dans l’arrêt *Egan*, précité, notre Cour a affirmé à l’unanimité que l’orientation sexuelle est un motif analogue à ceux qui sont mentionnés au

orientation is “a deeply personal characteristic that is either unchangeable or changeable only at unacceptable personal costs” (para. 5). In addition, a majority of this Court explicitly recognized that gays, lesbians and bisexuals, “whether as individuals or couples, form an identifiable minority who have suffered and continue to suffer serious social, political and economic disadvantage” (para. 175, *per* Cory J.; see also para. 89, *per* L’Heureux-Dubé J.).

#### 5. The Existence of Discrimination in a Purposive Sense

The determination of whether differential treatment imposed by legislation on an enumerated or analogous ground is discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* is to be undertaken in a purposive and contextual manner. The relevant inquiry is whether the differential treatment imposes a burden upon or withholds a benefit from the claimant in a manner that reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration: *Law, supra*, at para. 88.

The respondent H. has argued that the differential treatment imposed by s. 29 of the *FLA* does not deny the respondent M. the equal benefit of the law since same-sex spouses are not being denied an economic benefit, but simply the opportunity to gain access to a court-enforced process. Such an analysis takes too narrow a view of “benefit” under the law. It is a view this Court should not adopt. The type of benefit salient to the s. 15(1) analysis cannot encompass only the conferral of an economic benefit. It must also include access to a process that could confer an economic or other benefit: *Egan, supra*, at paras. 158-59; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 87. Further, the spousal support provisions of the *FLA* help protect the economic interests of individuals in intimate relationships. When a relationship breaks

par. 15(1). L’orientation sexuelle est «une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n’être modifiée qu’à un prix personnel inacceptable» (par. 5). En outre, notre Cour, à la majorité, a explicitement reconnu que les gais, les lesbiennes et les bisexuels, «à titre individuel ou comme couples, forment une minorité identifiable, victime encore aujourd’hui de désavantages sociaux, politiques et économiques graves» (par. 175, le juge Cory; voir également, par. 89, le juge L’Heureux-Dubé).

#### 5. L’existence d’une discrimination établie en fonction de l’objet visé

C’est en fonction de l’objet visé et du contexte qu’il faut déterminer si la différence de traitement imposée par la loi sur le fondement d’un motif énuméré ou analogue est discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Il faut se demander si la différence de traitement impose un fardeau au demandeur ou le prive d’un avantage d’une manière qui dénote l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe, ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l’opinion que l’individu touché est moins capable ou moins digne d’être reconnu ou valorisé en tant qu’être humain ou en tant que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération: *Law*, précité, au par. 88.

L’intimée H. a soutenu que la différence de traitement imposée par l’art. 29 de la *LDF* n’entraîne pas la négation du droit de l’intimée M. au même bénéfice de la loi étant donné que les conjoints de même sexe ne se voient pas refuser un avantage économique, mais simplement l’accès à un processus dont les tribunaux assurent l’application. Une telle analyse est fondée sur une conception trop étroite du mot «bénéfice» en droit. Notre Cour ne doit pas y souscrire. Le bénéfice mis en lumière par l’analyse fondée sur le par. 15(1) ne peut pas viser le seul octroi d’un avantage économique. Il doit aussi comprendre l’accès à un processus qui peut conférer un avantage économique ou autre: *Egan*, précité, aux par. 158 et 159; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 87. En outre, les dispositions relatives à l’obligation alimentaire

65

66

down, the support provisions help to ensure that a member of a couple who has contributed to the couple's welfare in intangible ways will not find himself or herself utterly abandoned. This protective aspect of the spousal support provisions is properly considered in relation to s. 15(1). Thus it is appropriate to conclude that s. 29 of the *FLA* creates a distinction that withholds a benefit from the respondent M. The question is whether this denial of a benefit violates the purpose of s. 15(1).

entre conjoints de la *LDF* contribuent à protéger les intérêts économiques des personnes qui ont formé une union intime. À la rupture de l'union, les dispositions relatives à l'obligation alimentaire tendent à faire en sorte que le membre du couple qui a contribué au bien-être du couple de manière intangible ne se retrouve pas complètement abandonné. Cet aspect protecteur des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints est à juste titre pris en compte dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1). Par conséquent, il y a lieu de conclure que l'art. 29 de la *LDF* crée une distinction qui prive l'intimée M. d'un avantage. Il s'agit de savoir si ce refus d'accorder un avantage porte atteinte à l'objet du par. 15(1).

<sup>67</sup> In *Law*, Iacobucci J. explained that there are a variety of contextual factors that may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation demeans his or her dignity. The list of factors is not closed, and there is no specific formula that must be considered in every case. In *Law* itself, Iacobucci J. listed four important contextual factors in particular which may influence the determination of whether s. 15(1) has been infringed. He emphasized, at paras. 59-61, that in examining these contextual factors, a court must adopt the point of view of a reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim.

Dans *Law*, le juge Iacobucci a expliqué qu'il existe une gamme de facteurs contextuels sur lesquels peut s'appuyer le demandeur qui invoque le par. 15(1) pour démontrer qu'une loi porte atteinte à sa dignité. La liste des facteurs n'est pas exhaustive, et il n'existe pas de combinaison précise de facteurs qui doivent être pris en considération dans toutes les affaires. Dans l'arrêt *Law* lui-même, le juge Iacobucci a énuméré quatre facteurs contextuels importants en particulier qui peuvent aider à déterminer s'il y a eu atteinte au par. 15(1). Aux paragraphes 59 à 61, il a insisté sur le fait qu'en examinant ces facteurs contextuels, le tribunal doit adopter le point de vue d'une personne raisonnable, placée dans une situation semblable à celle du demandeur, qui tient compte des facteurs contextuels pertinents aux fins de la plainte.

<sup>68</sup> One factor which may demonstrate that legislation that treats the claimant differently has the effect of demeaning the claimant's dignity is the existence of pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue. As stated by Iacobucci J. in *Law*, *supra*, at para. 63:

L'un des facteurs susceptibles de démontrer que la loi traitant le demandeur différemment a pour effet de porter atteinte à sa dignité est la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés dont souffre la personne ou le groupe en question. Comme l'a déclaré le juge Iacobucci dans *Law*, précité, au par. 63:

As has been consistently recognized throughout this Court's jurisprudence, probably the most compelling factor favouring a conclusion that differential treatment imposed by legislation is truly discriminatory will be, where it exists, pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice experienced by the individual or group [citations omitted]. These factors are relevant because, to the extent that the claimant is already subject

Comme la jurisprudence de notre Cour l'a reconnu de façon constante, le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe [citations omises]. Ces facteurs sont pertinents parce

to unfair circumstances or treatment in society by virtue of personal characteristics or circumstances, persons like him or her have often not been given equal concern, respect, and consideration. It is logical to conclude that, in most cases, further differential treatment will contribute to the perpetuation or promotion of their unfair social characterization, and will have a more severe impact upon them, since they are already vulnerable.

In this case, there is significant pre-existing disadvantage and vulnerability, and these circumstances are exacerbated by the impugned legislation. The legislative provision in question draws a distinction that prevents persons in a same-sex relationship from gaining access to the court-enforced and -protected support system. This system clearly provides a benefit to unmarried heterosexual persons who come within the definition set out in s. 29, and thereby provides a measure of protection for their economic interests. This protection is denied to persons in a same-sex relationship who would otherwise meet the statute's requirements, and as a result, a person in the position of the claimant is denied a benefit regarding an important aspect of life in today's society. Neither common law nor equity provides the remedy of maintenance that is made available by the *FLA*. The denial of that potential benefit, which may impose a financial burden on persons in the position of the claimant, contributes to the general vulnerability experienced by individuals in same-sex relationships.

A second contextual factor that was discussed in *Law* as being potentially relevant to the s. 15(1) inquiry is the correspondence, or the lack of it, between the ground on which a claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others: para. 70. Iacobucci J. nonetheless cautioned that the mere fact that the impugned legislation takes into account the claimant's actual situation will not necessarily defeat a s. 15(1)

que, dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l'objet d'un traitement inéquitable dans la société du fait de caractéristiques ou d'une situation qui lui sont propres, il est arrivé souvent que des personnes dans la même situation n'aient pas fait l'objet du même intérêt, du même respect et de la même considération. Il s'ensuit logiquement que, dans la plupart des cas, une différence de traitement additionnelle contribuera à la perpétuation ou à l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste et aura sur elles un effet plus graves puisqu'elles sont déjà vulnérables.

Dans la présente affaire, il y a dans une large mesure préexistence d'une vulnérabilité et d'un désavantage, et cette situation est accentuée par la loi contestée. La disposition législative en cause établit une distinction qui empêche les personnes formant une union avec une personne du même sexe d'invoquer le régime de l'obligation alimentaire qui est appliqué et protégé par les tribunaux. Ce régime accorde clairement un avantage aux hétérosexuels non mariés qui sont visés par la définition de l'art. 29, et il constitue de ce fait une mesure protectrice de leurs intérêts économiques. Cette protection est refusée aux personnes formant une union avec une personne du même sexe qui satisfont par ailleurs aux exigences de la loi et, par conséquent, une personne placée dans la situation de la demanderesse est privée d'un avantage concernant un aspect important de la vie dans la société actuelle. Ni la common law ni l'*equity* ne permettent d'obtenir la réparation que constitue la pension alimentaire qu'offre la *LDF*. Cette négation d'un avantage potentiel, qui est susceptible d'imposer un fardeau financier aux personnes placées dans la situation de la demanderesse, est pour quelque chose dans la vulnérabilité générale dont souffrent les personnes formant une union avec une personne du même sexe.

Un deuxième facteur contextuel susceptible d'être pertinent quant à l'analyse fondée sur le par. 15(1) qui est abordé dans *Law* est la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le motif sur lequel la demande est fondée et les besoins, les capacités et la situation véritables du demandeur ou d'autres personnes: par. 70. Néanmoins, le juge Iacobucci a fait une mise en garde: le simple fait que la disposition législative contes-

claim, as the focus of the inquiry must always remain upon the central question of whether, viewed from the perspective of the claimant, the differential treatment imposed by the legislation has the effect of violating human dignity. However, the legislation at issue in the current appeal fails to take into account the claimant's actual situation. As I have already discussed, access to the court-enforced spousal support regime provided in the *FLA* is given to individuals in conjugal relationships of a specific degree of permanence. Being in a same-sex relationship does not mean that it is an impermanent or a non-conjugal relationship.

tée tienne compte de la situation véritable du demandeur ne sera pas nécessairement suffisant pour faire échouer une demande fondée sur le par. 15(1) car l'accent de l'analyse fondée sur le par. 15(1) doit toujours être mis sur la question centrale de savoir si, dans la perspective du demandeur, la différence de traitement imposée par la disposition législative a pour effet de violer la dignité humaine. Cependant, la loi en cause dans le présent pourvoi ne tient pas compte de la situation véritable de la demanderesse. Je le répète, l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDL* et dont l'application est assurée par les tribunaux est accordé aux personnes qui forment des unions conjugales remplissant des conditions de durée précises. L'union entre personnes de même sexe n'est pas synonyme d'union non durable ou non conjugale.

71

A third contextual factor referred to by Iacobucci J. in *Law, supra*, at para. 72, is the question of whether the impugned legislation has an ameliorative purpose or effect for a group historically disadvantaged in the context of the legislation:

An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation. I emphasize that this factor will likely only be relevant where the person or group that is excluded from the scope of ameliorative legislation or other state action is more advantaged in a relative sense. Underinclusive ameliorative legislation that excludes from its scope the members of an historically disadvantaged group will rarely escape the charge of discrimination: see *Vriend, supra*, at paras. 94-104, per Cory J.

In other words, the existence of an ameliorative purpose or effect may help to establish that human dignity is not violated where the person or group that is excluded is more advantaged with respect to the circumstances addressed by the legislation. Gonthier J. argues that the legislation under scrutiny in the present appeal is just such ameliorative legislation — that it is meant to target women in

Un troisième facteur contextuel évoqué par le juge Iacobucci dans *Law*, précité, au par. 72, est la question de savoir si la loi contestée a un objet ou un effet d'amélioration eu égard à un groupe historiquement défavorisé dans le contexte de la loi:

Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives. Je souligne que ce facteur ne sera probablement pertinent que dans la mesure où la personne ou le groupe exclu de l'application de dispositions ou d'une autre mesure étatique apportant une amélioration est relativement plus favorisé. Des dispositions apportant une amélioration, mais au caractère limitatif, qui excluent les membres d'un groupe historiquement défavorisé seront presque toujours taxées de discrimination: voir *Vriend*, précité, aux par. 94 à 104, le juge Cory.

Autrement dit, l'existence d'un objet ou d'un effet d'amélioration peut aider à établir qu'il n'y a pas atteinte à la dignité humaine lorsque la personne ou le groupe qui est exclu est plus favorisé en ce qui concerne la situation visée par la loi. Le juge Gonthier soutient que la loi examinée dans le présent pourvoi est justement une loi ayant cet effet d'amélioration — conçue pour cibler les femmes

married or opposite-sex relationships. He proceeds to argue that in this legal context, women in same-sex relationships are not similarly disadvantaged. For the reasons expressed elsewhere, we disagree with this characterization of the legislation. Accordingly, we reject the idea that the allegedly ameliorative purpose of this legislation does anything to lessen the charge of discrimination in this case.

A fourth contextual factor specifically adverted to by Iacobucci J. in *Law*, at para. 74, was the nature of the interest affected by the impugned legislation. Drawing upon the reasons of L'Heureux-Dubé J. in *Egan*, *supra*, Iacobucci J. stated that the discriminatory calibre of differential treatment cannot be fully appreciated without considering whether the distinction in question restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society, or constitutes a complete non-recognition of a particular group. In the present case, the interest protected by s. 29 of the *FLA* is fundamental, namely the ability to meet basic financial needs following the breakdown of a relationship characterized by intimacy and economic dependence. Members of same-sex couples are entirely ignored by the statute, notwithstanding the undeniable importance to them of the benefits accorded by the statute.

The societal significance of the benefit conferred by the statute cannot be overemphasized. The exclusion of same-sex partners from the benefits of s. 29 of the *FLA* promotes the view that M., and individuals in same-sex relationships generally, are less worthy of recognition and protection. It implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence as compared to opposite-sex couples, without regard to their actual circumstances. As the intervener *EGALE* submitted, such exclusion perpetuates the disadvantages suffered

mariées ou celles faisant partie d'unions entre personnes de sexe différent. Il fait valoir que, dans ce contexte juridique, les femmes qui forment une union avec une personne du même sexe ne sont pas défavorisées de la même façon. Pour les motifs que nous avons formulés ailleurs, nous ne sommes pas d'accord avec cette qualification de la loi. Par conséquent, nous rejetons l'idée que l'objet d'amélioration qu'aurait cette loi atténué de quelque façon l'allégation de discrimination en l'espèce.

Un quatrième facteur contextuel expressément mentionné par le juge Iacobucci dans *Law*, au par. 74, est la nature du droit touché par la loi contestée. S'appuyant sur les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans *Egan*, précité, le juge Iacobucci a dit qu'on ne pouvait évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une différence de traitement sans vérifier si la distinction en question restreint l'accès à une institution sociale fondamentale, si elle compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne ou si elle a pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier. Dans la présente affaire, le droit protégé par l'art. 29 de la *LDF* est fondamental, savoir la capacité de satisfaire à des besoins financiers de base après la rupture d'une union caractérisée par l'intimité et la dépendance financière. La loi passe complètement sous silence les membres des couples de même sexe, malgré l'importance indéniable que revêtent pour ces derniers les avantages qu'elle confère.

L'on ne saurait trop insister sur la portée sociétale de l'avantage conféré par la loi. L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice de l'art. 29 de la *LDF* conduit à penser que M., et en général les personnes formant des unions avec une personne du même sexe, sont moins dignes de reconnaissance et de protection. C'est laisser entendre qu'elles sont jugées incapables de former des unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent, indépendamment de leur situation réelle. Comme l'intervenante *EGALE* l'a soutenu, une telle exclusion perpétue les désavantages que subissent les personnes formant une union avec

by individuals in same-sex relationships and contributes to the erasure of their existence.

74

Therefore I conclude that an examination of the four factors outlined above, in the context of the present appeal, indicate that the human dignity of individuals in same-sex relationships is violated by the impugned legislation. In light of this, I conclude that the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1).

IACOBUCCI J. —

C. *Is Section 29 of the FLA Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. *Stare Decisis and Egan*

75

At the outset, I wish to address the appellant’s submission that an independent examination of the s. 1 issues is unnecessary in the present case. The appellant asserts that the principle of *stare decisis* binds this Court to the decision in *Egan, supra*, and that the s. 1 analysis in that case ought to apply with equal force to the case at bar. Although I recognize the fundamental role of precedent in legal analysis, I cannot accept this submission. Granted, *Egan*, like the case now before this Court, was also concerned with the opposite-sex definition of “spouse” in provincial legislation. However, the similar focus of the two cases is not sufficient to bind the Court to the *Egan* decision. The instant case is based on entirely different legislation with its own unique objectives and legislative context. As a result, it must be evaluated on its own merits.

2. *Approach to Section 1*

76

The analytical framework for determining whether a law constitutes a “reasonable” limit that can be “demonstrably justified in a free and democratic society” under s. 1 of the *Charter* was first set out by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Although it has since been refined, the general approach is now well established

une personne du même sexe et contribue à les rendre invisibles.

Par conséquent, il ressort de l’examen des quatre facteurs exposés ci-dessus, dans le contexte du présent pourvoi, que la loi contestée porte atteinte à la dignité humaine des personnes formant une union avec une personne du même sexe. Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* viole le par. 15(1).

LE JUGE IACOBUCCI —

C. *L’article 29 de la LDF est-il justifié en vertu de l’article premier de la Charte?*

1. *Le stare decisis et l’arrêt Egan*

Je désire examiner dès le départ la thèse de l’appelant selon laquelle il n’est pas nécessaire en l’espèce de procéder à un examen distinct des questions liées à l’article premier. L’appelant affirme qu’en vertu du principe du *stare decisis*, notre Cour est liée par l’arrêt *Egan*, précité, et que l’analyse fondée sur l’article premier effectuée dans cet arrêt devrait s’appliquer tout autant en l’espèce. Bien que je reconnaisse le rôle fondamental des précédents en matière d’analyse juridique, je ne peux accepter cette thèse. Je conviens que l’arrêt *Egan*, comme le présent pourvoi, portait lui aussi sur une définition du mot «conjoint» fondée sur la différence de sexe énoncée dans un texte législatif provincial. Toutefois, la similitude du point central dans ces deux affaires ne suffit pas pour que notre Cour soit liée par l’arrêt *Egan*. Le présent pourvoi est fondé sur une loi tout à fait différente qui possède ses propres objectifs et un contexte législatif bien à elle. Par conséquent, il doit faire l’objet d’une évaluation au fond.

2. *L’interprétation de l’article premier*

Le schéma d’analyse permettant de déterminer si une règle de droit constitue une limite «raisonnable» dont la «justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» aux termes de l’article premier de la *Charte* a été exposé pour la première fois par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S.

(see, e.g., *Egan, supra, per Cory and Iacobucci JJ.*, at para. 182; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, *per La Forest J.*; *Miron, supra*, at para. 163, *per McLachlin J.*, and *Vriend, supra*, at para. 108, *per Cory and Iacobucci JJ.*).

However, it is important not to lose sight of the underlying principles animating this general approach. As Dickson C.J. so eloquently put it in *Oakes, supra*, at p. 136, the inclusion of the words “free and democratic” as the standard of justification in s. 1 of the *Charter*

refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

As noted by this Court in *Vriend, supra*, at para. 134, the introduction of the *Charter* brought about “a redefinition of our democracy”. Central to this democratic vision is a dialogue of mutual respect between the courts and the legislatures, which includes the idea that:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the

103. Bien qu'elle ait été raffinée depuis, la méthode générale est maintenant bien établie (voir par exemple *Egan*, précité, les juges Cory et Iacobucci, au par. 182; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 84, le juge La Forest; *Miron*, précité; au par. 163, le juge McLachlin; et *Vriend*, précité, au par. 108, les juges Cory et Iacobucci).

Toutefois, il est important de ne pas perdre de vue les principes fondamentaux sur lesquels repose cette méthode générale. Comme le juge en chef Dickson l'a si éloquemment dit dans *Oakes*, précité, à la p. 136, l'inclusion des mots «libre et démocratique» à titre de norme de justification à l'article premier de la *Charte*

rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Comme l'a noté notre Cour dans *Vriend*, précité, au par. 134, l'adoption de la *Charte* a donné lieu à une «redéfinition de la démocratie canadienne». Au centre de cette vision démocratique, un dialogue empreint de respect mutuel entre les tribunaux et les législateurs, et notamment l'idée selon laquelle:

Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois,

other branches respect each others' role and the role of the courts. [*Vriend*, at para. 136.]

This Court has often stressed the importance of deference to the policy choices of the legislature in the context of determining whether the legislature has discharged its burden of proof under s. 1 of the *Charter*: see, for example, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94, *per* Dickson C.J. and Lamer J. (now Chief Justice) and Wilson J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 502-4, *per* Sopinka J.; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 135-37, *per* McLachlin J. However, it is important to note that deference is not a kind of threshold inquiry under s. 1. As a general matter, the role of the legislature demands deference from the courts to those types of policy decisions that the legislature is best placed to make. The simple or general claim that the infringement of a right is justified under s. 1 is not such a decision. As Cory J. stated in *Vriend*, *supra*, at para. 54: "The notion of judicial deference to legislative choices should not . . . be used to completely immunize certain kinds of legislative decisions from *Charter* scrutiny."

il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux. [*Vriend*, au par. 136.]

Notre Cour a maintes fois souligné l'importance de la retenue à l'égard des choix de principe du législateur quand vient le temps de décider si le législateur s'est déchargé de son fardeau de la preuve aux termes de l'article premier de la *Charte*: voir, par exemple, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 993 et 994, le juge en chef Dickson et les juges Lamer (maintenant Juge en chef) et Wilson; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, aux pp. 502 à 504, le juge Sopinka; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux par. 135 à 137, le juge McLachlin. Cependant, il est important de remarquer que la retenue n'est pas une sorte d'analyse préliminaire prévue à l'article premier. De façon générale, le rôle du législateur exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le législateur est le mieux placé pour prendre. La simple affirmation ou la proposition générale selon laquelle l'atteinte à un droit est justifiée par l'article premier n'est pas une décision de ce genre. Comme le juge Cory l'a dit dans *Vriend*, précité, au par. 54: «La notion de retenue judiciaire envers les choix du législateur ne devrait [. . .] pas servir à soustraire certains types de décisions d'ordre législatif à tout examen fondé sur la *Charte*.»

79

Under s. 1, the burden is on the legislature to prove that the infringement of a right is justified. In attempting to discharge this burden, the legislature will have to provide the court with evidence and arguments to support its general claim of justification. Sometimes this will involve demonstrating why the legislature had to make certain policy choices and why it considered these choices to be reasonable in the circumstances. These policy choices may be of the type that the legislature is in a better position than the court to make, as in the case of difficult policy judgments regarding the claims of competing groups or the evaluation of complex and conflicting social science research: *Irwin Toy*, *supra*, at p. 993, *per* Dickson C.J. and

En vertu de l'article premier, le législateur a le fardeau de prouver que l'atteinte à un droit est justifiée. Pour tenter de se décharger de ce fardeau, le législateur devra fournir au tribunal des éléments de preuve et des arguments qui étayent l'affirmation générale voulant que l'atteinte soit justifiée. Parfois, le législateur devra démontrer pourquoi il a fait certains choix de principe et pourquoi il a estimé que ces choix étaient raisonnables compte tenu des circonstances. Il peut s'agir de choix de principe que le législateur est mieux en mesure de faire que le tribunal, comme par exemple des jugements de principe difficiles concernant les demandes de groupe concurrents ou l'évaluation de recherches complexes et contradictoires en

Lamer and Wilson JJ. Courts must be cautious not to overstep the bounds of their institutional competence in reviewing such decisions. The question of deference, therefore, is intimately tied up with the nature of the particular claim or evidence at issue and not in the general application of the s. 1 test; it can only be discussed in relation to such specific claims or evidence and not at the outset of the analysis.

I therefore agree with my colleague, Bastarache J., that an examination of context is essential in determining whether deference is appropriate. It may also be the case that a discussion of context is appropriate at the outset of a s. 1 analysis, depending on the nature of the evidence at issue, for ease of reference when later applying the various steps of s. 1: see, for example, *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 88, *per* Bastarache J. However, with respect to his reasons in the present appeal, I am concerned that Bastarache J. implies that the question of deference in a general sense should also be determined at the outset of the inquiry. For example, Bastarache J. states that the question to ask in this case is whether the Court can “rewrite the boundary in order to include that smaller number of individuals [in same-sex relationships] who are in such a position [of dependency], or must it defer to legislative determination of the issue?” (para. 304). The question of rewriting boundaries is, to my mind, at most a question of the appropriate remedy should the rights infringement be unjustified. The question of deference to the role of the legislature certainly enters into any discussion of remedy, as discussed in *Vriend, supra*, and can enter into the discussion of whether the legislature has discharged its burden under any of the steps of the s. 1 test. However, the question of deference is not an issue that can be determined prior to engaging in any of these specific inquiries. Nor should it be determined at the outset of the inquiry, given the court’s important role in applying s. 1 of the *Charter* to determine whether the infringement of

sciences humaines: *Irwin Toy*, précité, à la p. 993, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Les tribunaux doivent prendre garde de ne pas dépasser les limites de leur compétence institutionnelle en examinant de telles décisions. La question de la retenue, en conséquence, est étroitement liée à la nature de la demande ou des preuves en cause et non à l’application générale du critère relatif à l’article premier; elle ne peut être abordée qu’en rapport avec ces demandes ou preuves particulières et non dès le début de l’analyse.

Par conséquent, je partage l’avis de mon collègue, le juge Bastarache, selon lequel l’examen du contexte est essentiel pour décider s’il convient de faire preuve de retenue. Il peut également arriver qu’une discussion du contexte soit appropriée au début de l’analyse fondée sur l’article premier, selon la nature de la preuve en cause, pour qu’il soit plus facile d’y faire référence quand on franchit par la suite les différentes étapes de l’analyse fondée sur l’article premier: voir, par exemple, *Thomson Newspapers c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 88, le juge Bastarache. Cependant, avec égards pour les motifs que le juge Bastarache a exposés dans le présent pourvoi, je suis préoccupé par le fait qu’il laisse entendre que la question de la retenue dans un sens général devrait également être tranchée dès le début de l’analyse. Par exemple, le juge Bastarache dit qu’il faut se demander dans la présente affaire si la Cour peut «tracer une nouvelle ligne de démarcation afin d’inclure les quelques personnes [formant une union avec une personne du même sexe] se trouvant dans cette situation [de dépendance], ou [si elle doit] s’en remettre à la décision prise par le législateur sur la question?» (par. 304). À mon sens, l’établissement de nouvelles lignes de démarcation est au mieux une question concernant la réparation appropriée si l’atteinte aux droits est jugée injustifiée. La retenue à l’égard du rôle du législateur fait certainement partie des questions à aborder au moment de déterminer la réparation, comme il a été dit dans *Vriend*, précité, et peut faire partie de la question de savoir si le législateur s’est déchargé du fardeau lui incombant à chacune des étapes du critère rela-

a guaranteed right can be justified in a free and democratic society.

tif à l'article premier. Cependant, la question de la retenue ne peut être tranchée avant qu'on ne se soit livré à ces analyses particulières. Elle ne devrait pas non plus être tranchée au début de l'analyse, compte tenu du rôle important que joue le tribunal dans l'application de l'article premier de la *Charte* en vue de décider si l'atteinte à un droit garanti peut se justifier dans une société libre et démocratique.

81 I will therefore not deal with the question of deference at the outset and will instead discuss it, where appropriate, under the various steps of the s. 1 test.

Par conséquent, je ne traiterai pas de la question de la retenue dès le départ, je l'aborderai plutôt, lorsque cela s'avérera approprié, au cours des diverses étapes du critère relatif à l'article premier.

### 3. Pressing and Substantial Objective

### 3. Un objectif urgent et réel

82 Section 29 of the *FLA* defines "spouse" as being either of a man and woman who are married to each other or cohabiting within the meaning of the Act. Same-sex couples are necessarily excluded from this definition, thereby giving rise to the charge that the legislation is underinclusive. In *Vriend, supra*, at paras. 109-11, this Court found that where a law violates the *Charter* owing to under-inclusion, the first stage of the s. 1 analysis is properly concerned with the object of the legislation as a whole, the impugned provisions of the Act, and the omission itself.

Selon l'art. 29 de la *LDF*, le mot «conjoint» est soit l'homme, soit la femme qui sont mariés ensemble ou cohabitent au sens de la Loi. Les couples de même sexe sont nécessairement exclus de cette définition, ce qui donne lieu à la contestation de la loi pour le motif que sa portée est trop limitative. Dans *Vriend*, précité, aux par. 109 à 111, notre Cour a conclu que, lorsqu'une loi est jugée contraire à la *Charte* en raison de sa portée trop limitative, c'est tout à la fois l'objet de la loi considérée dans son ensemble, les dispositions contestées ainsi que l'omission elle-même qu'il y a lieu de prendre en compte à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

83 As to the objective of the *FLA* as a whole, I note that the submissions of the appellant do not directly address this issue. Nevertheless, I am of the view, as was Charron J.A. in the court below, that a suitable starting point for determining the purpose of the *FLA* is the preamble of the Act:

Je remarque que l'appelant, dans son argumentation, n'a pas traité directement de l'objectif de la *LDF* considérée dans son ensemble. Néanmoins, je suis d'avis, comme l'était le juge Charron en Cour d'appel, que le préambule de la *LDF* est un bon point de départ pour déterminer l'objet de la Loi:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; and whereas in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership, and to provide for other mutual obligations in family relationships, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children;

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales;

Although the preamble of the *FLA* provides some insight into the objective of the Act, its utility is limited. For example, the reference to “marriage” is somewhat misleading. As recognized by members of the legislature during debate concerning the *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2 (“*FLRA*”), this reference does not reflect the full purpose of the amended Act, which accords rights to both married and unmarried couples. Further, it was also noted in debate that the emphasis on encouraging and strengthening the role of the family is inaccurate as the legislation is actually intended to deal with the breakup of the family: *Legislature of Ontario Debates*, October 18, 1977, at p. 904.

It seems to me that a more complete and accurate statement of the objective of the current version of the *FLA* is provided by the Ontario Law Reform Commission (“OLRC”) in the following excerpt from the *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), at pp. 43-44:

The purpose of the *Family Law Act* is to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down (Parts I-IV). As well, it ensures that family members have a means to seek redress when an immediate relative is injured or killed through the negligence of a third party (Part V).

This statement is largely consistent with the preamble but better reflects the design of the current legislation.

Turning to the objective of the impugned provisions, s. 29 of the *FLA* defines the term “spouse” as it appears in the support obligation provisions of Part III of the Act. There is considerable disagreement between the parties as to the underlying purpose of these provisions. The appellant submits that their objective is twofold. First, Part III of the *FLA* is said to have been designed to remedy the systemic inequality associated with opposite-sex relationships, including the economic dependence of women on men resulting from women assuming primary responsibility for child care and from

Bien que le préambule de la *LDF* jette de la lumière sur l’objectif de la Loi, son utilité est limitée. Par exemple, l’emploi du mot «mariage» peut induire en erreur. Comme l’ont reconnu les députés au cours des débats de l’assemblée législative concernant la *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, ch. 2 («*FLRA*»), ce renvoi ne reflète pas l’intégralité des fins de la Loi modifiée, qui accorde des droits tant aux couples non mariés qu’aux couples mariés. En outre, on a aussi fait remarquer au cours de ces débats que l’accent mis sur la promotion et le renforcement du rôle de la famille est trompeur étant donné que le texte législatif vise en fait la rupture de la famille: *Legislature of Ontario Debates*, 18 octobre 1977, à la p. 904.

Il me semble que l’extrait suivant du *Report of the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), publié par la Commission de réforme du droit de l’Ontario («CRDO»), énonce de façon plus complète et exacte l’objectif de la version actuelle de la *LDF*, aux pp. 43 et 44:

[TRADUCTION] La *Loi sur le droit de la famille* vise le règlement équitable des différends d’ordre économique survenant à la rupture d’unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes (parties I à IV). De même, elle garantit que les membres de la famille ont un recours en réparation lorsqu’un proche parent est blessé ou tué par suite de la négligence d’un tiers (partie V).

Cet énoncé est compatible dans une large mesure avec le préambule, mais il reflète mieux l’esprit de la loi actuelle.

Quant à l’objectif des dispositions contestées, l’art. 29 de la *LDF* définit le terme «conjoint» pour l’application des dispositions relatives à l’obligation alimentaire de la partie III de la Loi. Les parties sont en profond désaccord en ce qui concerne l’objet sous-jacent de ces dispositions. L’appelant soutient que leur objectif comporte deux volets. Premièrement, il affirme que la partie III de la *LDF* a été conçue pour corriger l’inégalité systémique constatée dans les unions entre personnes de sexe différent, notamment la dépendance financière des femmes envers les hommes en raison du

gender-based inequality in earning power. In his reasons in this appeal, Bastarache J. has identified this same inequality as the “mischief and defect” that the Part III provisions were meant to address. Second, Part III is said to reflect a concern for children and the conditions under which they are raised.

fait que celles-ci assument la plus grande partie des responsabilités liées à l'éducation des enfants et que l'inégalité de la capacité de gain est fondée sur le sexe. Dans les motifs qu'il expose dans le présent pourvoi, le juge Bastarache a qualifié cette inégalité de «mal et [d]e vice» que les dispositions de la partie III visaient à corriger. Deuxièmement, l'appelant affirme que la partie III montre que les enfants et les conditions dans lesquelles ils sont éduqués ont retenu l'attention.

87 Although I do not dispute the claim that economically dependent heterosexual women and children are well served by the spousal support provisions in Part III of the *FLA*, in my view, there is insufficient evidence to demonstrate that the protection of these groups informs the fundamental legislative objectives behind this part of the Act. In fact, with respect to Bastarache J., it seems to me that the legislative history and the terms of the provisions themselves contradict the appellant's assertions.

Bien que je ne conteste pas que les femmes hétérosexuelles financièrement dépendantes et les enfants soient bien servis par les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF*, à mon avis, on n'est pas parvenu à faire la preuve que la protection de ces groupes soit à la base des objectifs fondamentaux de cette partie de la Loi. En fait, avec égards pour le juge Bastarache, il me semble que l'historique de la loi et le libellé des dispositions elles-mêmes contredisent les affirmations de l'appelant.

88 With respect to the first of the proposed objectives described above, the appellant submits that the government accepted the conclusion of the OLRC in 1974-75 that married women tend to become economically dependent upon their partners owing to the traditional division of labour between husbands and wives. By enacting Part II of the *FLRA* (now Part III of the *FLA*), the government was said to have recognized and addressed the need of such women for spousal support. However, it seems to me that these submissions overlook the import of the changes introduced by the new legislation.

En ce qui concerne le premier des objectifs proposés ci-dessus, l'appelant soutient que le gouvernement a accepté la conclusion tirée par la CRDO en 1974-1975, selon laquelle les femmes mariées tendent à se retrouver financièrement dépendantes de leur partenaire en raison de la division traditionnelle du travail entre mari et femme. En adoptant la partie II de la *FLRA* (maintenant la partie III de la *LDF*), le gouvernement aurait reconnu la nécessité de prévoir au profit de ces femmes le versement d'une pension alimentaire par le conjoint. Cependant, il me semble que ces observations ne tiennent pas compte de la teneur des changements apportés par la nouvelle loi.

89 In contrast to predecessor legislation (i.e., the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211 (as amended by S.O. 1954, c. 22; S.O. 1958, c. 23; R.S.O. 1960, c. 105; R.S.O. 1970, c. 128; S.O. 1971, c. 98; S.O. 1973, c. 133)), the 1978 *FLRA* abandoned a statutory spousal support regime under which only a wife could oblige her husband to pay support in favour of one which imposed mutual support obligations on both men and women. Indeed, the thrust of the OLRC's 1975 remarks which preceded the new

Au contraire des textes législatifs précédents (par exemple la *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, ch. 211 (modifiée par S.O. 1954, ch. 22; S.O. 1958, ch. 23; R.S.O. 1960, ch. 105; R.S.O. 1970, ch. 128; S.O. 1971, ch. 98; S.O. 1973, ch. 133)), la *FLRA* de 1978 délaisse un régime d'obligation alimentaire dans lequel seule la femme pouvait forcer le mari à fournir des aliments, en faveur d'un régime faisant peser des obligations alimentaires réciproques sur les femmes et les hommes. En fait, l'orientation

legislation emphasize the importance of a gender-neutral scheme. Although the Commission recognized the financial dependence of many married women upon their husbands, as is evident from the following passages, the OLRC's recommendations encouraged the government to premise support obligations on need and actual dependence rather than on the assumption that wives are inherently dependent upon their husbands for support because of the traditional roles assumed by men and women:

Any reform of the provincial law governing inter-spousal support obligations should include amongst its primary objectives the elimination of the underlying assumption that a wife is inherently dependent upon her husband for support.

. . .

[W]e have concluded that the courts, in awarding support, should place much greater emphasis upon the need of dependent spouses and the reasons for their dependency . . . Circumstances can certainly arise in which a husband becomes dependent upon his wife for support, whether by reason of his infirmity or incapacity, or for reasons related simply to the domestic arrangements which they have adopted. . .

[T]he law might be regarded as lacking in flexibility if it was incapable of recognizing a domestic arrangement between the spouses which was based upon a degree of dependency by the husband upon his wife for support. An example of this situation is shown by spouses who agree to advance the wife's career at the expense of the husband's. Although this is currently not a common phenomenon in Canada, the law should take account of new developments in society even though they may appear to run counter to the conventions of the day.

Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part VI, "Support Obligations" (1975), at pp. 7 and 10-11. Similar sentiments were expressed by a government position paper produced prior to the introduction of the 1978 *FLRA*: Ministry of the Attorney General for Ontario, *Family Law Reform* (1976), at p. 9.

générale des propositions présentées en 1975 par la CRDO avant l'adoption de la nouvelle loi souligne l'importance d'un régime n'établissant pas de distinction fondée sur le sexe. La Commission reconnaissait la dépendance financière de nombreuses femmes mariées envers leur mari, comme cela ressort des passages qui suivent, mais ses recommandations incitaient le gouvernement à faire reposer l'obligation alimentaire sur l'existence d'un état de besoin et d'une dépendance réelle plutôt que sur la présomption que les épouses sont naturellement à la charge de leur mari en raison des rôles traditionnels assumés par les hommes et les femmes:

[TRADUCTION] Toute réforme de la loi provinciale régissant les obligations alimentaires entre conjoints devrait viser principalement à éliminer la présomption sous-jacente voulant que la femme soit naturellement à la charge de son mari.

. . .

[N]ous avons conclu que les tribunaux, dans leurs ordonnances alimentaires, devraient bien davantage mettre l'accent sur l'état de besoin des conjoints à charge et sur la raison de leur dépendance [. . .] Il y a certainement des cas où le mari se trouve à la charge de sa femme, que ce soit en raison d'une infirmité ou d'une incapacité, ou pour des raisons liées simplement à la façon dont ils ont organisé leur vie commune. . .

[O]n pourrait considérer que la loi n'est pas suffisamment souple si elle n'arrive pas à reconnaître que les conjoints peuvent décider que le mari sera dans un certaine mesure à la charge de sa femme. Par exemple, certains conjoints peuvent décider de favoriser la carrière de la femme au détriment de celle du mari. Bien que cela ne soit pas très courant au Canada, la loi devrait prendre en compte l'évolution sociale, même lorsque cela semble aller à l'encontre de conventions courantes.

Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Family Law*, Part VI, «Support Obligations» (1975), aux pp. 7, 10 et 11. Des points de vue similaires ont été exprimés dans une déclaration de principe du gouvernement publiée avant le dépôt de la *FLRA* de 1978: Ministère du Procureur général de l'Ontario, *Family Law Reform* (1976), à la p. 9.

90 The inaccuracy of the appellant's submissions with respect to the first of the purported objectives is also reflected in the terms of Part III of the Act. For example, the provisions of the *FLA* that establish the right to receive support as well as the obligation to provide it use gender-neutral language. Under s. 33(2), an application for an order for support may be made by a "dependant", who is a "person" to whom another has an obligation to provide support (s. 29). The support obligation is borne by "spouses" who are defined as "either of a man and woman" in ss. 29 and 1(1) of the Act.

91 In addition, s. 33(9), which sets out various factors for the courts to consider in determining the amount and duration of support, is also cast in gender-neutral terms and makes no mention of the position of heterosexual women or their needs. Moreover, s. 33(8) establishes the purposes of an order for the support of a spouse but is silent with respect to the economic vulnerability of heterosexual women, their tendency to take on primary responsibility for parenting, the greater earning capacity of men, and systemic sexual inequality. In the face of this clearly gender-neutral scheme, the fact that a significant majority of the spousal support claimants are women does not, in my view, establish that the goal of Part III of the *FLA* is to address the special needs of women in opposite-sex relationships.

92 The terms of the spousal support provisions of Part III are also inconsistent with the second of the appellant's proposed objectives, namely, protecting children and ensuring that the conditions under which they are raised are adequate. Although the provisions of Part III that deal exclusively with child support clearly reflect these legitimate legislative concerns (see ss. 31 and 33(7)), it seems to me that the spousal support provisions do not share the same focus. Part III of the *FLA* imposes spousal support obligations on opposite-sex

L'inexactitude des affirmations de l'appelant quant au premier des prétendus objectifs ressort aussi du libellé de la partie III de la Loi. Par exemple, les dispositions de la *LDF* qui prévoient le droit aux aliments et l'obligation de les fournir n'établissent aucune distinction fondée sur le sexe. Aux termes du par. 33(2), la requête relative à l'ordonnance alimentaire peut être présentée par la «personne à charge», qui est une «personne» à qui une autre personne est tenue de fournir des aliments (art. 29). L'obligation alimentaire incombe aux «conjoints» qui sont soit l'homme, soit la femme selon les définitions du par. 1(1) et de l'art. 29 de la Loi.

De plus, le par. 33(9) qui énonce divers facteurs que les tribunaux doivent prendre en considération pour déterminer le montant et la durée des aliments ne fait pas non plus de distinction fondée sur le sexe et ne fait aucune mention de la situation des femmes hétérosexuelles ni de leurs besoins. Au surplus, le par. 33(8), qui établit les buts de l'ordonnance alimentaire prononcée au profit du conjoint, est muet en ce qui concerne la vulnérabilité économique des femmes hétérosexuelles, leur tendance à assurer la plus grande partie des responsabilités liées à l'éducation des enfants, la capacité de gain supérieure des hommes et l'inégalité sexuelle systémique. Vu l'absence manifeste de distinction fondée sur le sexe dans ce régime, le fait que les femmes représentent une importante majorité des demandeurs d'aliments n'établit pas, selon moi, que le but de la partie III de la *LDF* est de répondre aux besoins particuliers des femmes qui forment une union avec une personne de sexe différent.

Le libellé des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III est aussi incompatible avec le deuxième des objectifs proposés par l'appelant, à savoir protéger les enfants et garantir qu'ils sont élevés dans des conditions adéquates. Bien que les dispositions de la partie III, qui ont trait exclusivement à l'obligation alimentaire établie au profit de l'enfant, reflètent clairement ces préoccupations légitimes du législateur (voir l'art. 31 et le par. 33(7)), il me semble que les dispositions relatives à l'obligation alimen-

couples irrespective of whether or not they have children. Indeed, as noted by the intervener EGALE, cohabiting opposite-sex partners who are not the parents of a child are expressly included in the s. 29 definition of “spouse” after three years of cohabitation.

As I see the matter, the objectives of the impugned spousal support provisions were accurately identified by Charron J.A. in the court below. Relying in part on the OLRC description of the goal of the *FLA* set out above, she identified the objectives of the Part III provisions as both a means to provide “for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down” and to “alleviate the burden on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those parents and spouses who have the capacity to provide support to these individuals” (p. 450). I find support for this position in the legislative debates, the terms of the provisions, as well as the jurisprudence of this Court.

In keeping with the 1975 OLRC recommendations discussed above, the government moved to introduce legislation that would confer “no privileges” and impose “no disability on either men or women as a group but rather tak[e] account of the individual situation in each matrimonial dispute” (*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4102). With the emphasis of spousal support now fixed on need and actual dependence as opposed to presumptions regarding relations between the sexes, the 1978 *FLRA* was regarded as “a code of economic relations between the spouses upon the severance of that union” (*Legislature of Ontario Debates*, October 18, 1977, at p. 901). In my view, these statements are entirely consistent

taire entre conjoints ne sont pas centrées sur la même idée maîtresse. La partie III de la *LDF* assujettit à l’obligation alimentaire entre conjoints les couples de sexe différent sans égard à la question de savoir s’ils ont des enfants. En fait, comme l’intervenante EGALE l’a fait remarquer, les partenaires de sexe différent qui cohabitent et ne sont pas les parents d’un enfant sont expressément inclus, après trois ans de cohabitation, dans la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29.

À mon sens, le juge Charron de la Cour d’appel a correctement défini les objectifs des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints qui sont contestées. S’appuyant en partie sur la description faite ci-dessus par la CRDO quant au but de la *LDF*, elle a reconnu que les objectifs des dispositions de la partie III permettaient à la fois [TRADUCTION] «d’assurer le règlement équitable des différends d’ordre économique survenant à la rupture d’unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes» et d’«alléger le fardeau financier de l’État en faisant peser l’obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l’État mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire» (p. 450). Selon moi, cette position est étayée par les débats de l’assemblée législative, le libellé des dispositions de même que la jurisprudence de notre Cour.

Donnant suite aux recommandations faites en 1975 par la CRDO que j’ai mentionnées ci-dessus, le gouvernement a déposé un projet de loi qui n’aurait conféré [TRADUCTION] «aucun privilège» et n’aurait créé «aucune incapacité à l’égard des hommes ou des femmes en tant que groupe, mais aurait tenu compte des circonstances particulières de chaque conflit matrimonial» (*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4102). L’accent en matière d’obligation alimentaire entre conjoints étant dorénavant mis sur l’état de besoin et la dépendance véritable et non sur des présomptions concernant les relations entre les sexes, la *FLRA* de 1978 était considérée comme [TRADUCTION] «un code régissant les relations économiques entre conjoints à la rupture de l’union» (*Legislature of Ontario Debates*, 18 octobre 1977, à la p. 901). À mon avis, ces déclarations sont tout à

with the first of the objectives suggested by the majority of the Court of Appeal.

95 The terms of Part III of the *FLA* are also consonant with the first objective advanced by the Court of Appeal. Expressly included among the purposes of a spousal support order in s. 33(8) of the Act are the relief of financial hardship, the recognition of the spouse's contribution to the relationship, and the economic consequences of the relationship for the spouse.

96 In addition, this Court has previously used language similar to that chosen by the Court of Appeal to describe the purpose of the spousal support provisions in the *Divorce Act*. In *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 848, L'Heureux-Dubé J., writing on behalf of the majority of the Court, stated that "the support provisions of the Act are intended to deal with the economic consequences, for both parties, of the marriage or its breakdown" (emphasis in original). She continued, noting that "[w]hat the Act requires is a fair and equitable distribution of resources to alleviate the economic consequences of marriage or marriage breakdown for both spouses, regardless of gender" (p. 849). As these remarks were made with respect to legislation different from that under review in the case at bar, I do not suggest that they are determinative of the objective of Part III of the *FLA*. Nevertheless, in light of the virtually identical list of purposes for a support order found in each statute, it seems to me that the objective described in *Moge* has considerable bearing on the present case (see s. 33(8) of the *FLA* and s. 15(7) of the *Divorce Act*).

97 I note that Bastarache J. has also relied on *Moge*, *supra*, to support his position that redressing the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships is the pressing and substantial objective of the s. 29 definition of "spouse" in the *FLA*. Indeed, at pp. 853-54 of that decision L'Heureux-Dubé J. undertook an extensive examination of the power imbalances that are typical of such relationships. However, in my

fait compatibles avec le premier des objectifs relevés par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Le libellé de la partie III de la *LDF* est en accord aussi avec le premier objectif énoncé par la Cour d'appel. Le paragraphe 33(8) de la Loi prévoit expressément que l'ordonnance alimentaire à l'égard d'un conjoint vise notamment à alléger les difficultés financières et à reconnaître l'apport du conjoint à l'union ainsi que les conséquences économiques de l'union pour le conjoint.

De plus, notre Cour s'est déjà exprimée en des termes semblables à ceux utilisés par la Cour d'appel pour décrire l'objet des dispositions de la *Loi sur le divorce* portant sur les aliments dus aux époux. Dans *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 848, le juge L'Heureux-Dubé, exprimant l'opinion des juges majoritaires de la Cour, a affirmé que «les dispositions de la Loi portant sur l'obligation alimentaire conjugale visent les conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux partenaires» (souligné dans l'original). Plus loin, elle fait remarquer que «[l]a Loi exige un partage juste et équitable des ressources afin d'alléger les conséquences économiques du mariage ou de son échec pour les deux époux, sans distinction de sexe» (p. 849). Étant donné que ces remarques ont été faites au sujet d'une loi différente de celle qui est examinée en l'espèce, je ne dis pas qu'elles permettent de déterminer l'objectif de la partie III de la *LDF*. Néanmoins, comme la liste des buts de l'ordonnance alimentaire exposés dans chaque loi est presque identique, il me semble que l'objectif énoncé dans *Moge* revêt une importance considérable quant à l'issue du présent pourvoi (voir le par. 33(8) de la *LDF* et le par. 15(7) de la *Loi sur le divorce*).

Je remarque que le juge Bastarache s'est également appuyé sur *Moge*, précité, pour conclure que l'objectif urgent et réel de la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* est de corriger les désavantages subis par les femmes qui ont formé une union avec une personne de sexe différent. De fait, aux pp. 853 et 854 de cet arrêt, le juge L'Heureux-Dubé examine en profondeur le déséquilibre des forces qui caractérise ces unions.

view, this general social reality does not detract from the principle that dependencies can and do develop irrespective of gender in intimate conjugal relationships. It seems to me that this is the true mischief which the gender-neutral support provisions of the *FLA* are designed to address.

As to the goal of reducing the strain on the public purse, members of the legislature have complained publicly about the number of dependent people who turn to the welfare rolls upon the breakdown of their relationships. The notion that the spousal support provisions of the *FLA* and its predecessors were in large part aimed at shifting the financial burden away from the government and on to those partners with the capacity to provide support for dependent spouses has been voiced several times in legislative debates. For example, prior to the passing of the 1978 *FLRA*, the Honourable Mr. McMurtry made the following comments regarding dependent spouses:

They have been induced to enter into the relationship and to stay home and raise the children arising from the union, or children of another union, and have thus been put in a position of total dependency on the person as a result of being out of the labour market for a lengthy period of time. Many of these people are later abandoned and, under the present law, they have nowhere to turn but to the welfare authorities for support.

This is not a small problem.

*Legislature of Ontario Debates*, November 18, 1976, at p. 4793. See also *Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103; November 22, 1976, at pp. 4898 and 4890-91.

My colleague, Bastarache J., argues that the Court of Appeal had no basis for determining that “intimacy” is part of the purpose of s. 29 of the *FLA* (at para. 347). With respect, I disagree. Section 29 refers to individuals who have “cohabited”. Section 1(1), as noted by Cory J., at para. 56, defines “cohabit” as “to live together in a conjugal relationship, whether within or outside marriage”.

Toutefois, à mon avis, cette réalité sociale ne porte pas atteinte au principe selon lequel la dépendance peut survenir et survient effectivement sans distinction de sexe au sein des unions conjugales intimes. Il me semble que c’est là le véritable mal que visent à réparer les dispositions relatives aux aliments de la *LDF* dont le libellé n’établit aucune distinction fondée sur le sexe.

En ce qui concerne la réduction du fardeau financier de l’État, les députés se sont plaints publiquement au sujet du nombre des personnes à charge qui se tournent vers l’aide sociale à la suite de la rupture de leur union. L’idée que les dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* et des lois qu’elle a remplacées visaient en grande partie à faire peser le fardeau financier jusque-là supporté par l’État sur les partenaires qui sont en mesure de fournir des aliments aux conjoints à leur charge a été exprimée plusieurs fois au cours des débats législatifs. Par exemple, avant l’adoption de la *FLRA* de 1978, l’honorable Roy McMurtry a fait les commentaires suivants au sujet des conjoints qui sont à la charge de leur partenaire:

[TRADUCTION] Elles ont été incitées à former une union et à rester au foyer pour élever les enfants issus de l’union ou ceux nés d’une autre union. Elles se trouvent ainsi à dépendre entièrement de l’autre du fait qu’elles ont quitté le marché du travail pendant une longue période. Bon nombre sont plus tard abandonnées et, vu l’état actuel du droit, il ne leur reste qu’à s’adresser à l’aide sociale.

Il s’agit d’un problème d’envergure.

*Legislature of Ontario Debates*, 18 novembre 1976, à la p. 4793. Voir également *Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103; 22 novembre 1976, à la p. 4898 et aux pp. 4890 et 4891.

Mon collègue, le juge Bastarache, soutient qu’aucun motif ne permettrait à la Cour d’appel de décider que l’«intimité» est liée à l’objet de l’art. 29 de la *LDF* (au par. 347). Avec égards, je ne partage pas son avis. L’article 29 fait référence à des personnes qui ont «cohabité». Aux termes du par. 1(1), comme l’a signalé le juge Cory au par. 56, le mot «cohabiter» s’entend du fait de

The accepted characteristics of a conjugal relationship, as outlined by Cory J. at para. 59, go to the core of what we would generally refer to as “intimacy”.

«[v]ivre ensemble dans une union conjugale, qu’il y ait eu mariage ou non». Les caractéristiques acceptées de l’union conjugale, telles qu’elles ont été énoncées par le juge Cory au par. 59, constituent l’essentiel de ce que nous appellerions de manière générale l’«intimité».

100

Having discussed the objective of the legislation as a whole and of the impugned provision, I turn to the objective of the omission. As I have already stated, when dealing with underinclusive legislation it is important also to consider the impugned omission when construing the objective. Often legislation does not simply further one goal but rather strikes a balance among several goals, some of which may be in tension. This balancing exercise may only become apparent after asking whether, in the case of underinclusive legislation, there is any objective being furthered by the impugned omission. A consideration of what is omitted from legislation may also lead a court to refine its interpretation of the objectives of the impugned legislation, perhaps reducing its scope. I agree with my colleague, Bastarache J., at para. 329, that if the omission is not taken into account in construing the objective then it is more likely that the omission will cause the impugned legislation to fail the rational connection step of the proportionality analysis.

Ayant abordé l’objectif de la loi dans son ensemble et celui de la disposition contestée, je passe maintenant à l’examen de l’objectif de l’omission. Comme je l’ai déjà dit, quand on analyse une loi dont la portée est trop limitative, il est également important de tenir compte de l’omission contestée dans l’interprétation de l’objectif. Il arrive souvent que la loi ne poursuive pas simplement un but, mais cherche plutôt à atteindre un équilibre entre plusieurs buts, dont certains peuvent s’opposer. Cette mise en équilibre ne peut devenir évidente qu’après que l’on s’est demandé si, dans le cas d’une loi dont la portée est trop limitative, l’omission contestée favorise la réalisation d’un objectif quelconque. Un examen de ce qui est omis par la loi peut également amener le tribunal à revoir son interprétation des objectifs de la loi contestée, peut-être à en réduire la portée. Je suis d’accord avec mon collègue, le juge Bastarache qui dit, au par. 329, que si l’omission n’est pas prise en compte pour interpréter l’objectif, il y a de fortes chances pour que la loi contestée ne résiste pas à l’étape de l’examen du lien rationnel de l’analyse de la proportionnalité.

101

However, the concerns just outlined do not imply that the court must find that there is a separate objective being furthered by the omission. Even if there is no such objective the omission must still be evaluated as part of the means chosen to further the objective of the specific provision in question, under the proportionality analysis. Otherwise the court risks collapsing the two stages of the *Oakes* test (pressing and substantial objective and proportionality) into a general question regarding the reasonableness of the omission. There may be exceptions to this general approach, such as when there is evidence of a deliberate omission by the legislature that is “on its face the very antithe-

Toutefois, les observations que je viens de faire ne signifient pas que le tribunal doit conclure que l’omission favorise la réalisation d’un objectif distinct. Même en l’absence d’un tel objectif, l’omission doit être évaluée comme une partie intégrante des moyens choisis pour atteindre l’objectif précis de la disposition en cause dans le cadre de l’analyse de la proportionnalité. Sinon, le tribunal risque de ramener les deux volets du critère de l’arrêt *Oakes* (objectif urgent et réel, et proportionnalité) à une question générale portant sur le caractère raisonnable de l’omission. Il peut y avoir des exceptions à cette méthode générale, s’il est prouvé par exemple que l’omission délibérée du

sis of the principles embodied in the legislation as a whole”: *Vriend, supra*, at para. 116.

With these concerns in mind, I turn to the present appeal. The appellant does not argue that a separate objective is furthered by the impugned omission. Rather, the argument is that a proper consideration of the exclusion of same-sex couples from the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* reduces the apparent scope of the objective furthered by that provision. The appellant made two arguments in this regard. First, the appellant argued that the *FLA* is a remedial statute designed to address the power imbalance that continues to exist in many opposite-sex relationships. Thus, it was submitted that the inclusion of same-sex couples in a scheme established to deal with problems that are not typical of their relationships is inappropriate. Further, the appellant asserted that where persons fall outside the rationale for which a benefit was established, the legislature is justified in withholding it from those persons.

With respect, I disagree with these submissions. As I stated above, I do not believe that the purpose of the *FLA* in general, nor Part III in particular, is to remedy the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships.

The second objective for the omission advanced by the appellant is the promotion of opposite-sex relationships to ensure the protection of children. Having found that neither the *FLA* as a whole nor the spousal support provisions in Part III of the Act are primarily concerned with the protection of children, I must also reject the submission that this is part of the objective of s. 29 of the *FLA*.

Finally, I note that Bastarache J. accepts that the rejection of the *Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1994* by the Ontario legislature can provide evidence regarding the objective of s. 29 of the *FLA*. In particular, he argues, at

législateur est «à première vue l’antithèse des principes qu’incarne le texte dans son ensemble»: *Vriend*, précité, au par. 116.

Ces observations à l’esprit, je passe maintenant à l’examen du présent pourvoi. L’appellant ne soutient pas que l’omission contestée favorise la réalisation d’un objectif distinct. Il allègue plutôt que la prise en compte adéquate de l’exclusion des couples de même sexe de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* réduit la portée apparente de l’objectif que vise à réaliser cette disposition. L’appellant a présenté deux arguments à ce sujet. Premièrement, il soutient que la *LDF* est une loi réparatrice conçue pour corriger le déséquilibre des forces qui continue d’exister dans de nombreuses unions entre personnes de sexe différent. Par conséquent, il fait valoir qu’il ne convient pas d’inclure les couples de même sexe dans un régime établi pour corriger des problèmes que l’on ne retrouve pas d’ordinaire dans ces unions. Il affirme en outre que lorsque les raisons fondamentales pour lesquelles un avantage est prévu ne s’appliquent pas à certaines personnes, le législateur est justifié de ne pas le leur accorder.

Avec égards, je ne puis être d’accord avec ces arguments. Comme je l’ai dit précédemment, je ne crois pas que la *LDF* en général, ni la partie III en particulier, visent à corriger les désavantages que subissent les femmes ayant formé une union avec une personne de sexe différent.

Le deuxième objectif de l’omission selon l’appellant est la promotion des unions entre personnes de sexe différent en vue d’assurer la protection des enfants. Ayant conclu que ni la *LDF* dans son ensemble ni les dispositions de la partie III de la Loi portant sur l’obligation alimentaire entre conjoints ne visent principalement la protection des enfants, je dois aussi rejeter l’argument voulant qu’il s’agisse d’une partie de l’objectif de l’art. 29 de la *LDF*.

Enfin, je remarque que le juge Bastarache accepte que le rejet de la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l’égalité* par l’Assemblée législative de l’Ontario puisse fournir des éléments de preuve en ce qui concerne l’objec-

102

103

104

105

para. 349: "It can therefore be inferred that the legislature's purpose was also to exclude all types of relationships not typically characterized by the state of economic dependency apparent in traditional family relationships." With respect, I cannot agree that a failed amendment can provide evidence as to the objective of the legislation that was to have been amended. Section 17 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, provides: "The repeal or amendment of an Act shall be deemed not to be or to involve any declaration as to the previous state of the law." If the amendment of an Act may not be used to interpret the meaning of the Act prior to the amendment, then I do not see how a failed amendment may be used in this manner.

106 Therefore I endorse the description of the objectives of the impugned provisions provided by Charron J.A. in the court below. These objectives are consonant with the overall scheme of the *FLA* and are not plausibly reinterpreted through examining the omission of same-sex spouses. Providing for the equitable resolution of economic disputes when intimate relationships between financially interdependent individuals break down, and alleviating the burden on the public purse to provide for dependent spouses, are to my mind pressing and substantial objectives. These objectives promote both social justice and the dignity of individuals — values Dickson C.J. identified in *Oakes*, *supra*, at p. 136, as values underlying a free and democratic society.

107 In saying this, I wish to note my disagreement with my colleague, Bastarache J., who argues, at para. 354, that s. 29 of the *FLA* "must be respectful of the equality of status and opportunity of all persons" in order to be consistent with *Charter* values and therefore pass this stage of the s. 1 analysis. While I agree that an objective must be consistent with the principles underlying the *Charter* in order to pass the first stage of the s. 1 analysis, I find Bastarache J.'s approach unnecessarily narrow. It may be that a violation of s. 15(1) can be justified because, although not designed to promote equality, it is designed to promote other values and

tif de l'art. 29 de la *LDF*. Il affirme notamment, au par. 349: «On peut donc conclure que le législateur visait également à exclure tous les types d'unions qui ne sont pas habituellement caractérisées par la dépendance financière constatée au sein des familles traditionnelles». Avec égards, je ne puis admettre qu'une modification rejetée puisse fournir des éléments de preuve quant à l'objectif de la loi qui devait être modifiée. L'article 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, prévoit: «L'abrogation ou la modification d'une loi n'est pas réputée constituer ou impliquer une déclaration portant sur l'état antérieur du droit.» Si la modification apportée à une loi ne peut pas servir à interpréter le sens de la loi avant la modification, je ne vois pas comment la modification qui a été rejetée pourrait le faire.

En conséquence, j'appuie la description des objectifs des dispositions contestées faite par le juge Charron de la Cour d'appel. Ces objectifs concordent avec l'économie générale de la *LDF* et ne peuvent pas être réinterprétés par l'examen de l'omission des conjoints de même sexe. Prévoir le règlement équitable des différends d'ordre économique à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes et alléger le fardeau de l'État quant aux conjoints dépendants, sont à mon avis des objectifs urgents et réels. Ces objectifs promeuvent la justice sociale et la dignité des personnes, des valeurs que le juge en chef Dickson a définies dans *Oakes*, précité, à la p. 136, comme étant des valeurs sous-jacentes d'une société libre et démocratique.

Cela dit, je veux souligner mon désaccord avec mon collègue le juge Bastarache qui soutient, au par. 354, que l'art. 29 de la *LDF* «doit être respectueux de l'égalité de statut et de l'égalité des chances de tous les individus» afin d'être compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte* et, en conséquence, de franchir cette étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Bien que je convienne qu'un objectif doit être compatible avec les principes sous-jacents de la *Charte* afin de résister à la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier, j'estime inutilement étroite l'approche du juge Bastarache. Il se peut qu'une violation du

principles of a free and democratic society. This possibility must be left open, as the inquiry into *Charter* values under s. 1 is a broad inquiry into the values and principles that, as Dickson C.J. stated in *Oakes, supra*, at p. 136, “are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*” (emphasis added).

#### 4. Proportionality Analysis

##### (a) *Rational Connection*

At the second stage of the s. 1 analysis, the focus shifts from the objective alone to the nexus between the objective of the provisions under attack and the means chosen by the government to implement this objective. As I have already stated, the means chosen include both the impugned provision and the omission in question. It falls to the party invoking s. 1 to demonstrate that there is a rational connection between the objective and the means (see, e.g., *Oakes, supra*, at p. 141; *Vriend, supra*, at para. 118). I concluded above that the dual objectives put forth by the appellant do not reflect the true purposes of the spousal support provisions in Part III of the *FLA* and relied instead on those set out by the court below. Nevertheless, it seems to me that no rational connection exists irrespective of which of the objectives is relied upon for this analysis.

Even if I were to accept that Part III of the Act is meant to address the systemic sexual inequality associated with opposite-sex relationships, the required nexus between this objective and the chosen measures is absent in this case. In my view, it defies logic to suggest that a gender-neutral support system is rationally connected to the goal of improving the economic circumstances of heterosexual women upon relationship breakdown. In addition, I can find no evidence to demonstrate

par. 15(1) puisse se justifier parce que, même si elle n’est pas conçue pour promouvoir l’égalité, elle est conçue pour promouvoir d’autres valeurs et principes d’une société libre et démocratique. Cette possibilité doit être envisagée, étant donné que l’analyse des valeurs véhiculées par la *Charte* effectuée en vertu de l’article premier est une analyse générale des valeurs et des principes qui, comme le juge en chef Dickson l’a énoncé dans *Oakes, précité*, à la p. 136, «sont à l’origine des droits et libertés garantis par la *Charte*» (je souligne).

#### 4. L’analyse de la proportionnalité

##### a) *Le lien rationnel*

À la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’article premier, l’accent ne porte plus seulement sur l’objectif mais sur le lien entre l’objectif des dispositions contestées et les moyens choisis par le gouvernement pour mettre en œuvre cet objectif. Comme je l’ai déjà dit, les moyens choisis comprennent à la fois la disposition contestée et l’omission en cause. Il incombe à la partie qui invoque l’article premier de démontrer qu’il existe un lien rationnel entre l’objectif et les moyens (voir, par exemple, *Oakes, précité*, à la p. 141; *Vriend, précité*, au par. 118). J’ai conclu précédemment que les deux objectifs avancés par l’appelant ne reflètent pas les véritables objets des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* et qu’il convient plutôt de s’appuyer sur ceux qu’a exposés la juridiction d’instance inférieure. Quoi qu’il en soit, il me semble qu’il n’y a pas de lien rationnel, peu importe l’objectif que l’on retient pour cette analyse.

Même si j’acceptais que la partie III de la Loi vise à corriger l’inégalité systémique des sexes au sein des unions entre personnes de sexe différent, le lien nécessaire entre cet objectif et les moyens choisis est absent en l’espèce. À mon avis, il est contraire à la logique d’affirmer qu’un régime d’obligation alimentaire ne faisant aucune distinction fondée sur le sexe est rationnellement lié à l’amélioration de la situation économique des femmes hétérosexuelles à la rupture d’une union.

108

109

that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime of the *FLA* in any way furthers the objective of assisting heterosexual women.

En outre, aucun des éléments de preuve soumis n'établit que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* puisse contribuer de quelque façon que ce soit à la réalisation de l'objectif qui consiste à aider les femmes hétérosexuelles.

110 Although there is evidence to suggest that same-sex relationships are not typically characterized by the same economic and other inequalities which affect opposite-sex relationships (see, e.g., M. S. Schneider, "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986), at p. 237, and J. M. Lynch and M. E. Reilly, "Role Relationships: Lesbian Perspectives", *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86), at pp. 53-54, 66), this does not, in my mind, explain why the right to apply for support is limited to heterosexuals. As submitted by LEAF, the infrequency with which members of same-sex relationships find themselves in circumstances resembling those of many heterosexual women is no different from heterosexual men who, notwithstanding that they tend to benefit from the gender-based division of labour and inequality of earning power, have as much right to apply for support as their female partners.

Bien qu'il y ait des éléments de preuve tendant à démontrer que les unions entre personnes de même sexe ne sont pas d'ordinaire caractérisées par les mêmes inégalités, économiques et autres, que celles qui frappent les unions entre personnes de sexe différent (voir, par exemple, M. S. Schneider, «The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison», *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986), à la p. 237; J. M. Lynch et M. E. Reilly, «Role Relationships: Lesbian Perspectives», *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86), aux pp. 53, 54 et 66), cela n'explique pas, à mon sens, pourquoi le droit de demander des aliments est limité aux hétérosexuels. Comme l'a affirmé le FAEJ, le fait que les membres des unions entre personnes de même sexe soient peu souvent placés dans une situation ressemblant à celle de nombreuses femmes hétérosexuelles, ne les distingue en rien des hommes hétérosexuels qui, même s'ils profitent généralement de la division du travail fondée sur le sexe et de l'inégalité de la capacité de gain, ont tout autant le droit de demander des aliments que leurs partenaires féminines.

111 Put another way, it is important to recall that the ability to make a claim for spousal support does not automatically translate into a support order. To the extent that any relationship is characterized by more or less economic dependence, this will affect the amount and duration, if any, of an award under s. 33(9) of the *FLA*. Thus, it is no answer to say that same-sex couples should not have access to the spousal support scheme because their relationships are typically more egalitarian. In the case at bar, the respondent does not seek a support order, but rather only access to the support structure provided by the Act. In much the same way, the appellant in *Vriend, supra*, did not ask this Court to comment upon the primacy of gay and lesbian concerns over other competing interests. The legisla-

Autrement dit, il est important de rappeler que la capacité de demander des aliments à son conjoint n'aboutit pas automatiquement à une ordonnance alimentaire. Dans la mesure où toute union est caractérisée par une dépendance financière plus ou moins grande, le montant et la durée de la pension éventuellement accordée en vertu du par. 33(9) de la *LDF* varieront. Par conséquent, ce n'est pas une réponse que d'affirmer que les couples de même sexe ne devraient pas avoir accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints parce que leurs unions sont habituellement plus égalitaires. Dans le présent pourvoi, l'intimée ne cherche pas à obtenir une ordonnance alimentaire, mais simplement à avoir accès au régime de l'obligation alimentaire prévue par la Loi. De façon similaire,

tion had an existing internal balancing mechanism to deal with such issues and the appellant only sought access to Alberta's human rights machinery. In both cases, it is the denial of access to the legislative schemes that cannot be justified.

The second of the objectives put forth by the appellant, namely, the protection of children, also fails the rational connection test. The appellant submits that the exclusion of same-sex partners from Part III of the *FLA* is rationally connected to this objective as such couples are far less likely to engage in parenting than opposite-sex couples. I have several comments to make by way of response.

Even if I were to accept that the object of the legislation is the protection of children, I would have to conclude that the spousal support provisions in Part III of the *FLA* are simultaneously underinclusive and overinclusive. They are overinclusive because members of opposite-sex couples are entitled to apply for spousal support irrespective of whether or not they are parents and regardless of their reproductive capabilities or desires. Thus, if the legislation was meant to protect children, it would be incongruous that childless opposite-sex couples were included among those eligible to apply for and to receive the support in question.

The impugned provisions are also underinclusive. An increasing percentage of children are being conceived and raised by lesbian and gay couples as a result of adoption, surrogacy and donor insemination. Although their numbers are still fairly small, it seems to me that the goal of protecting children cannot be but incompletely achieved by denying some children the benefits that flow from a spousal support award merely because their parents were in a same-sex relationship. As Cory J. and I noted in *Egan, supra*, at para. 191, "[i]f there is an intention to ameliorate

l'appelant dans *Vriend*, précité, ne demandait pas à notre Cour de se prononcer sur la primauté des intérêts des gais et des lesbiennes par rapport à d'autres intérêts concurrents. La loi comportait un mécanisme de pondération interne permettant de résoudre de telles questions et l'appelant ne cherchait qu'à avoir accès aux rouages des droits de la personne en Alberta. Dans les deux cas, c'est le refus d'accorder l'accès au régime prévu par la loi qui ne peut être justifié.

Le second objectif avancé par l'appelant, soit la protection des enfants, ne satisfait pas non plus au critère du lien rationnel. L'appelant soutient que l'exclusion des partenaires de même sexe de la partie III de la *LDF* a un lien rationnel avec cet objectif étant donné que ces couples sont beaucoup moins susceptibles de devenir parents que les couples de sexe différent. J'ai plusieurs observations à faire en guise de réponse.

Même si j'acceptais que l'objet de la loi est de protéger les enfants, je serais obligé de conclure que la portée des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est à la fois trop limitative et trop large. Leur portée est trop large parce que les membres des couples de sexe différent ont le droit de demander des aliments à leur conjoint peu importe qu'ils aient une progéniture ou non et indépendamment de leur capacité ou désir d'en avoir une. Par conséquent, si la loi a été conçue pour protéger les enfants, il serait incongru que les couples de sexe différent sans enfants soient inclus parmi ceux qui peuvent demander et recevoir les aliments en question.

Les dispositions contestées ont également une portée trop limitative. Un pourcentage croissant d'enfants sont conçus et élevés par des couples de lesbiennes ou de gais grâce à l'adoption, aux contrats de grossesse et à l'insémination par don de sperme. Bien que le nombre de ces enfants soit encore relativement réduit, il me semble que la protection des enfants ne peut être que partiellement assurée si l'on refuse à certains d'entre eux les avantages résultant de l'ordonnance alimentaire à l'égard du conjoint simplement parce que leurs parents forment une union avec une personne du

112

113

114

the position of a group, it cannot be considered entirely rational to assist only a portion of that group.”

même sexe. Comme le juge Cory et moi-même l'avons souligné dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 191, «[s]i la loi cherche à améliorer la situation d'un groupe, on ne peut considérer la décision d'aider une partie seulement de ce groupe comme étant entièrement rationnelle.»

115 The same result follows from the objectives identified by Charron J.A. in the court below. No evidence has been supplied to support the notion that the exclusion of same-sex couples from the spousal support regime furthers the objective of providing for the equitable resolution of economic disputes that arise upon the breakdown of financially interdependent relationships. Similarly, it is nonsensical to suggest that the goal of reducing the burden on the public purse is advanced by limiting the right to make private claims for support to heterosexuals. The impugned legislation has the deleterious effect of driving a member of a same-sex couple who is in need of maintenance to the welfare system and it thereby imposes additional costs on the general taxpaying public.

Les objectifs relevés par le juge Charron en Cour d'appel mènent au même résultat. Aucun élément de preuve n'a été présenté pour étayer l'idée que l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints favorisait la réalisation de l'objectif qui consiste à assurer une résolution équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture des unions marquées par l'interdépendance financière. De la même façon, il est absurde de supposer que l'on arrivera à réduire le fardeau financier de l'État en ne conférant qu'aux hétérosexuels le droit de demander des aliments à titre privé. La loi contestée a un effet préjudiciable: elle dirige vers l'aide sociale les membres des couples de même sexe qui sont dans le besoin et impose ainsi des coûts additionnels au contribuable.

116 If anything, the goals of the legislation are undermined by the impugned exclusion. Indeed, the inclusion of same-sex couples in s. 29 of the *FLA* would better achieve the objectives of the legislation while respecting the *Charter* rights of individuals in same-sex relationships. In these circumstances, I conclude that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the Act is simply not rationally connected to the dual objectives of the spousal support provisions of the legislation.

L'exclusion contestée risque plutôt de nuire à la réalisation des buts de la loi. En fait, l'inclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* favoriserait davantage la réalisation des objectifs de la loi tout en respectant les droits constitutionnels des personnes formant une union avec une personne du même sexe. Dans ces circonstances, je conclus que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la Loi n'est tout simplement pas rationnellement liée aux deux objectifs des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la Loi.

117 Given this lack of a rational connection, s. 29 of the *FLA* is not saved by s. 1 of the *Charter*. Although it is therefore not strictly necessary to consider the other two branches of the second stage of the *Oakes* test, I will discuss them briefly in order to clarify some fundamental misunderstandings advanced in this appeal.

Compte tenu de l'absence de lien rationnel, l'art. 29 de la *LDF* n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Bien qu'il ne soit donc pas strictement nécessaire d'examiner les deux autres éléments du deuxième volet du critère énoncé dans *Oakes*, je les aborderai brièvement pour rectifier certaines erreurs fondamentales relevées dans le présent pourvoi.

(b) *Minimal Impairment*

When legislative action impairs constitutional rights, the government must demonstrate that the impairment is no more than is reasonably necessary to achieve its goals (see, e.g., *Eldridge, supra*, at para. 86, *Miron, supra*, at para. 163). The appellant suggests that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* minimally impairs the respondent's s. 15 rights since reasonable alternative remedies are available where economic dependence does occur in such relationships. I cannot accept these submissions.

The appellant's arguments on this point are based on the remedies available under the equitable doctrine of unjust enrichment (e.g. constructive trust) and the law of contract. Turning first to the equitable remedies, the doctrine of unjust enrichment allows claimants to found an action on indirect or non-financial contributions to the acquisition, maintenance, or preservation of an asset held by the other spouse. However, to be successful, the applicant must demonstrate his or her spouse's enrichment, a corresponding personal deprivation and the absence of any juristic reason for the enrichment. See *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *OLRC Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act, supra*, at pp. 10-11.

Moreover, I note, as did the motions judge, that equitable common law remedies such as a constructive trust are proprietary in nature and that not all relationships will give rise to property claims. Indeed, as submitted by LEAF, the *FLA* expressly recognizes that entitlement to the division of property is in addition to, and not in lieu of entitlement to support. Thus, it seems to me that compared to awards of spousal support, the equitable remedies are less flexible, impose more onerous requirements on claimants, and are available under far narrower circumstances. I do not accept that they

b) *L'atteinte minimale*

Lorsque l'action législative empiète sur des droits constitutionnels, le gouvernement doit démontrer qu'il n'y est porté atteinte que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour réaliser ses objectifs (voir, par exemple, *Eldridge*, précité, au par. 86; *Miron*, précité, au par. 163). L'appelant soutient que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* ne porte atteinte que de façon minimale aux droits garantis à l'intimée par l'art. 15 étant donné que d'autres recours peuvent raisonnablement être exercés en cas de dépendance financière au sein de telles unions. Je ne puis accepter cette thèse.

Les arguments de l'appelant sur ce point reposent sur les recours pouvant être exercés en vertu de la doctrine de l'enrichissement sans cause en *equity* (par exemple la fiducie par interprétation) et du droit des contrats. Pour ce qui est d'abord des recours en *equity*, la doctrine de l'enrichissement sans cause permet de fonder une action sur les contributions indirectes ou non financières à l'acquisition, à l'entretien ou à la conservation d'un bien détenu par l'autre conjoint. Toutefois, pour avoir gain de cause, le demandeur doit apporter la preuve de l'enrichissement de son conjoint, d'un appauvrissement personnel correspondant et de l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Voir *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *CRDO, Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act, op. cit.*, aux pp. 10 et 11.

Au surplus, je remarque, comme l'a fait le juge des requêtes, que les recours en *equity* prévus par la common law, telle la fiducie par interprétation, concernent essentiellement la propriété et que ce ne sont pas toutes les unions qui donneront lieu à des réclamations fondées sur le droit des biens. En fait, comme l'a affirmé le FAEJ, la *LDF* reconnaît expressément que le droit au partage des biens s'ajoute au droit aux aliments et ne se substitue pas à celui-ci. Par conséquent, il me semble que, par rapport aux ordonnances alimentaires à l'égard d'un conjoint, les recours en *equity* sont moins souples, imposent des exigences plus grandes aux demandeurs et ne peuvent être exercés qu'en des

118

119

120

provide an adequate alternative to spousal support under the *FLA*.

121 In my view, the law of contract is an equally unacceptable alternative to the spousal support scheme under the *FLA*. The appellant emphasizes that the impugned provisions of the Act do not preclude same-sex partners from contracting for mutual support obligations. However, the voluntary assumption of such obligations is not equivalent to a statutory entitlement to apply for a support order.

122 Firstly, the *FLA* establishes a default system of support rights. Opposite-sex partners who have not turned their minds to the economic consequences of relationship breakdown are automatically protected under the statute, while those who have considered the issue and prefer alternative arrangements are free to contract out of the regime. In contrast, same-sex partners are denied the protection that default legislation inherently provides. Those who want to resolve support issues before the relationship breaks down are forced either to expend resources to devise a suitable contractual arrangement or risk being left without a remedy in law.

123 Secondly, as noted by EGALE, the protection that a domestic contract provides to economically vulnerable individuals is markedly inferior to that offered by the *FLA*. For example, support orders issued under the Act are subject to bankruptcy provisions and special enforcement mechanisms that protect the recipient should the payor default on support payments. These same protections are not available to individuals who have only a contractual right to spousal support (*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 121(4), 136(1)(d.1), 178(1)(c); the *Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act*, 1996, S.O. 1996, c. 31).

circstances bien plus restreintes. Je n'accepte pas qu'ils constituent une solution de rechange valable aux dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*.

À mon avis, le droit des contrats est une solution tout aussi inacceptable pour remplacer le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. L'appelant souligne que les dispositions contestées de la Loi n'empêchent pas les partenaires de même sexe de s'engager par contrat à se fournir mutuellement des aliments. Toutefois, le fait d'assumer volontairement de telles obligations n'équivaut pas à un droit reconnu par la loi de demander une ordonnance alimentaire.

Premièrement, la *LDF* établit un régime supplétif en matière d'aliments. Les partenaires de sexe différent qui n'ont pas songé aux conséquences économiques de la rupture de leur union sont automatiquement protégés par la loi, alors que ceux qui y ont pensé et préfèrent prendre d'autres dispositions sont libres de convenir de s'exclure du régime. Par contraste, les partenaires de même sexe se voient refuser la protection que la loi supplétive accorde naturellement. Ceux qui veulent régler la question avant la rupture de l'union sont obligés soit de faire préparer à leur frais une convention adéquate, soit de prendre le risque de se retrouver sans recours juridique.

Deuxièmement, comme l'a noté EGALE, la protection qu'un contrat familial offre à des personnes économiquement vulnérables est bien inférieure à celle accordée par la *LDF*. Par exemple, les ordonnances alimentaires rendues en vertu de la Loi sont assujetties aux dispositions relatives à la faillite et à des mécanismes d'exécution spéciaux qui protègent le bénéficiaire pour le cas où le débiteur d'aliments ne paierait pas la pension alimentaire. Les personnes qui ont droit à une pension alimentaire en vertu d'un contrat ne bénéficient pas des mêmes protections (*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, par. 121(4), al. 136(1)d.1), 178(1)c); *Loi de 1996 sur les obligations familiales et l'exécution des arriérés d'aliments*, L.O. 1996, ch. 31).

In sum, neither the common law equitable remedies nor the law of contract are adequate substitutes for the *FLA*'s spousal support regime. Indeed, if these remedies were considered satisfactory there would have been no need for the spousal support regime, or its extension to unmarried, opposite-sex couples. It must also be remembered that the exclusion of same-sex partners from this support regime does not simply deny them a certain benefit, but does so in a manner that violates their right to be given equal concern and respect by the government. The alternative regimes just outlined do not address the fact that exclusion from the statutory scheme has moral and societal implications beyond economic ones, as discussed by my colleague, Cory J., at paras. 71-72. Therefore the existence of these remedies fails to minimize sufficiently the denial of same-sex partners' constitutionally guaranteed equality rights.

However, the appellant asserts that the circumstances of this case call for a measure of deference to the decision of the Ontario legislature. In this context, it is argued that it was reasonable for the government to conclude that it had impaired the rights of same-sex partners as little as possible.

As I see the matter, the deferential approach advocated by the appellant is inappropriate in the case at bar. This Court has resorted to such an approach where the impugned legislation involves the balancing of claims of competing groups (see, e.g., *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 999-1000; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 317-19, *per* La Forest J.; and *Egan*, *supra*, at para. 29, *per* La Forest J. and at paras. 105-8, *per* Sopinka J.). As Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 993:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on

En somme, ni les recours en *equity* prévus par la common law ni le droit des contrats ne peuvent être adéquatement substitués au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*. À vrai dire, si ces recours étaient jugés satisfaisants, le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints serait inutile, tout comme son extension aux couples de sexe différent non mariés. Il faut également se rappeler que l'exclusion des partenaires de même sexe de ce régime ne les prive pas simplement d'un avantage certain, elle les en prive de telle façon que leur droit au même intérêt et au même respect de la part du gouvernement est violé. Les régimes de rechange que je viens d'évoquer passent sous silence le fait que l'exclusion du régime prévu par la loi a des incidences morales et sociétales qui débordent le cadre économique, comme le fait remarquer mon collègue le juge Cory aux par. 71 et 72. Par conséquent, l'existence de ces recours ne réussit pas à minimiser suffisamment l'atteinte portée aux droits à l'égalité garantis aux partenaires de même sexe par la Constitution.

Toutefois, l'appelant affirme que les circonstances de l'espèce commandent une certaine retenue quant à la décision du législateur ontarien. Il prétend que, dans ce contexte, il était raisonnable pour le gouvernement de conclure qu'il avait empiété le moins possible sur les droits des partenaires de même sexe.

À mon sens, l'attitude de retenue que l'appelant voudrait nous voir adopter n'est pas appropriée en l'espèce. Notre Cour a choisi cette voie lorsque la loi contestée nécessitait de trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents (voir, par exemple, *Irwin Toy*, précité, aux pp. 999 et 1000; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 317 à 319, le juge La Forest; *Egan*, précité, au par. 29, le juge La Forest, et aux par. 105 à 108, le juge Sopinka). Comme le juge en chef Dickson ainsi que les juges Lamer et Wilson l'ont dit dans *Irwin Toy*, précité, à la p. 993:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires

124

125

126

scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function.

This is not such a case. As no group will be disadvantaged by granting members of same-sex couples access to the spousal support scheme under the *FLA*, the notion of deference to legislative choices in the sense of balancing claims of competing groups has no application to this case.

127 I acknowledge that some individuals in same-sex relationships, including H. herself, have expressed reservations about being treated as "spouses" within the family law system (see, e.g., *OLRC Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act, supra*; B. Cossman and B. Ryder, *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms* (1993), a Research Paper prepared for the OLRC, at pp. 135-39). However, these differences of opinion within the same constitutionally relevant group do not constitute a reason to defer to the choices of the legislature. Indeed, as noted by EGALE, given that the members of equality-seeking groups are bound to differ to some extent in their politics, beliefs and opinions, it is unlikely that any s. 15 claims would survive s. 1 scrutiny if unanimity with respect to the desired remedy were required before discrimination could be redressed.

128 In addition, the deferential approach is not warranted, as submitted by the appellant, on the basis that Part III of the *FLA* and s. 29 thereof are steps in an incremental process of reform of spousal support. As this Court noted in *Vriend, supra*, government incrementalism, or the notion that government ought to be accorded time to amend discrimi-

quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.

Ce n'est pas le cas en espèce. Étant donné qu'aucun groupe ne sera défavorisé par l'octroi aux membres des couples de même sexe de l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*, la notion de retenue à l'égard des choix du législateur appelé à trouver un point d'équilibre entre des groupes concurrents n'a aucune application en l'espèce.

Je reconnais que certaines personnes formant une union avec une personne du même sexe et que H. elle-même ont exprimé des réserves au sujet de leur assimilation à des «conjoints» en ce qui concerne le droit de la famille (voir, par exemple: *CRDO, Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act, op. cit.*; B. Cossman et B. Ryder, *Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms* (1993), rapport de recherche préparé pour la CRDO, aux pp. 135 à 139). Cependant, ces divergences d'opinion au sein d'un même groupe visé par l'analyse constitutionnelle ne constituent pas une raison pour faire preuve de retenue à l'égard des choix du législateur. En fait, comme l'a souligné EGALE, étant donné que les membres des groupes qui revendiquent l'égalité auront forcément certaines divergences pour ce qui est des principes, des croyances et des opinions, peu de contestations concernant l'art. 15 survivraient à l'analyse fondée sur l'article premier s'il fallait exiger l'unanimité quant aux réparations souhaitées avant de pouvoir corriger la discrimination.

Au surplus, la retenue n'est pas justifiée, comme le prétend l'appelant, parce que la partie III de la *LDF* et son art. 29 constituent des étapes d'une réforme graduelle de l'obligation alimentaire entre conjoints. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *Vriend*, précité, la nécessité pour le gouvernement d'agir graduellement, ou l'idée qu'il faut

natory legislation, is generally an inappropriate justification for *Charter* violations. However, even if I were to accept that such a justification might be suitable in the present case, it seems to me that its application to the facts of the case at bar cannot legitimize the continued exclusion of same-sex couples from the *FLA*'s spousal support regime.

The appellant contends that the decision to provide equal status to both sexes under the *FLRA*, followed by the extension of the right to claim support to opposite-sex common-law couples and the further broadening of the definition of "spouse" under the *FLA* by reducing the requisite period of cohabitation from five to three years, is significant evidence of incremental progress toward the ideal of equality. Therefore, it is submitted that this Court ought to be wary of interfering with the existing legislation. I disagree. None of the reforms cited by the appellant has addressed the equal rights and obligations of individuals in same-sex relationships. In fact, there is no evidence of any progress with respect to this group since the inception of the spousal support regime. If the legislature refuses to act so as to evolve towards *Charter* compliance then deference as to the timing of reforms loses its *raison d'être*.

Moreover, in contrast to *Egan, supra*, where Sopinka J. relied in part on incrementalism in upholding the impugned legislation under s. 1 of the *Charter*, there is no concern regarding the financial implications of extending benefits to gay men and lesbians in the case at bar. As already pointed out, rather than increasing the strain on the public coffers, the extension will likely go some way toward alleviating those concerns because same-sex couples as a group will be less reliant on government welfare if the support scheme is available to them. Thus, I conclude that government

donner du temps au gouvernement pour qu'il modifie ses lois discriminatoires, ne constitue pas en général une justification appropriée des violations de la *Charte*. Cependant, même si j'acceptais qu'une telle justification puisse être valable en l'espèce, il me semble que son application aux faits en cause ne peut faire admettre le maintien de l'exclusion des couples de même sexe du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*.

L'appelant affirme que la décision d'accorder l'égalité aux deux sexes sous le régime de la *FLRA*, suivie par l'attribution du droit de demander des aliments aux conjoints de fait de sexe différent et l'élargissement supplémentaire de la définition donnée au mot «conjoint» dans la *LDF*, grâce à la réduction de la période de cohabitation exigée qui passe de cinq à trois ans, constituent une preuve importante d'une progression vers l'idéal d'égalité. Par conséquent, soutient-il, notre Cour ne devrait intervenir qu'avec beaucoup de circonspection. Je ne suis pas d'accord. Aucune des réformes mentionnées par l'appelant ne porte sur l'égalité des droits et des obligations des personnes formant une union avec une personne du même sexe. En fait, il n'y a aucune preuve que des progrès aient été réalisés en ce qui a trait à ce groupe depuis l'adoption du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints. Si le législateur refuse d'agir de façon à se conformer graduellement à la *Charte*, la retenue en ce qui concerne l'échéancier des réformes perd sa *raison d'être*.

Qui plus est, contrairement à l'arrêt *Egan*, précité, où le juge Sopinka a notamment invoqué le gradualisme pour confirmer en vertu de l'article premier de la *Charte* la validité de la loi contestée, en l'espèce, les incidences financières de l'extension des avantages prévus par la loi aux gais et aux lesbiennes ne suscitent aucune inquiétude. Comme je l'ai déjà fait remarquer, plutôt que d'accroître le fardeau financier de l'État, cette solution contribuera vraisemblablement à dissiper les craintes à ce sujet parce que les couples de même sexe, en tant que groupe, s'adresseront moins à l'aide sociale si le régime de l'obligation alimentaire leur est applicable. Par conséquent, je conclus que le

129

130

incrementalism cannot constitute a reason to show deference to the legislature in the present case.

131 Finally, as this Court has emphasized on other occasions, “[d]eference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable”: *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 136, *per* McLachlin J. See also *Eldridge*, *supra*; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; and *Vriend*, *supra*.

132 In the present case, the government has failed to show that it had a reasonable basis for concluding that the rights of same-sex couples were impaired no more than was reasonably necessary to achieve its goals. The exclusion from the s. 29 definition of “spouse”, and consequently from the *FLA* spousal support regime, is absolute. No effort has been made to tailor the limiting measure. I conclude that the appellant’s case also fails at the minimal impairment stage of the s. 1 analysis.

(c) *Proportionality Between the Effect of the Measure and the Objective*

133 In order for the impugned legislation to survive the final stage of the s. 1 analysis, there “must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures”: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889 (emphasis in original). The damaging effects engendered by the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA*, as noted by Cory J., are numerous and severe. Such harms cannot be justified where the statute has not achieved what it set out to do. Where, as here, the impugned measures actually undermine the objectives of the legislation it cannot be said that the deleterious effects of the mea-

gradualisme du gouvernement ne constitue pas en l’espèce une raison de faire preuve de retenue envers le législateur.

Finalement, comme notre Cour l’a souligné à d’autres occasions, «[l]e respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables»: *RJR-MacDonald*, précité, au par. 136, le juge McLachlin. Voir également *Eldridge*, précité; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; et *Vriend*, précité.

En l’espèce, le gouvernement n’a pas réussi à établir qu’il était fondé à conclure que l’atteinte aux droits des couples de même sexe ne dépassait pas ce qui était raisonnablement nécessaire pour réaliser ses objectifs. L’exclusion de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29, et par conséquent du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*, est absolue. Aucun effort n’a été fait pour adapter la mesure restrictive. Je conclus que l’argumentation de l’appelant échoue aussi à l’étape de l’atteinte minimale de l’analyse fondée sur l’article premier.

c) *La proportionnalité entre l’effet de la mesure et l’objectif*

Pour que la loi contestée franchisse la dernière étape de l’analyse fondée sur l’article premier, «il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l’objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques»: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 889 (souligné dans l’original). Comme l’a fait remarquer le juge Cory, les effets préjudiciables de l’exclusion des couples de même sexe à l’art. 29 de la *LDF* sont nombreux et graves. Ces préjudices ne peuvent se justifier lorsque la loi n’atteint pas l’objectif qu’elle visait. Lorsque, comme en l’espèce, les mesures contestées vont dans les faits à l’encontre des objectifs de la loi, on ne peut affirmer que la promotion de buts législatifs louables ni que

sures are outweighed by the promotion of any laudable legislative goals, nor by the salutary effects of those measures.

I therefore conclude that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* cannot be justified as a reasonable limit on constitutional rights under s. 1 of the *Charter*. Before turning to a discussion of the appropriate remedy, I wish to emphasize, like Cory J., that the sole issue presented by this case is whether the *Charter* mandates that same-sex couples be accorded the right to apply for spousal support under the *FLA*. This appeal does not challenge traditional conceptions of marriage, as s. 29 of the Act expressly applies to unmarried opposite-sex couples. That being said, I do not wish to be understood as making any comment on marriage or indeed on related issues.

In addition, despite the contentions of the appellant, the facts of this case do not require me to consider whether financially interdependent individuals who live together in non-conjugal relationships, such as friends or siblings, ought to be constitutionally entitled to apply for support upon the breakdown of their relationships. Any such claims would require an independent constitutional analysis, the outcome of which cannot be predicted in advance. Thus, arguments based on the possible extension of the definition of “spouse” beyond the circumstances of this case are entirely speculative and cannot justify the violation of the constitutional rights of same-sex couples in the case at bar.

## VI. Remedy

Having found that the exclusion of same-sex couples from s. 29 of the *FLA* is unconstitutional and cannot be saved under s. 1 of the *Charter*, I must now consider the issue of remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In the court below, the words “a man and woman” were read out of the definition of “spouse” in s. 29 of the

les effets bénéfiques de ces mesures l'emportent sur leurs effets préjudiciables.

Je conclus par conséquent que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* ne peut se justifier comme limite raisonnable apportée à des droits constitutionnels en vertu de l'article premier de la *Charte*. Avant de passer à l'examen de la réparation appropriée, je désire souligner, comme l'a fait le juge Cory, que la seule question en litige soulevée par le présent pourvoi est celle de savoir si la *Charte* exige que soit conféré aux couples de même sexe le droit de demander des aliments à leur conjoint sous le régime de la *LDF*. Le présent pourvoi ne remet pas en question les conceptions traditionnelles du mariage, étant donné que l'art. 29 de la Loi s'applique expressément aux couples de sexe différent non mariés. Cela dit, que l'on ne se méprenne pas, je ne fais aucun commentaire sur le mariage ni, même, sur des questions connexes.

En outre, en dépit des affirmations de l'appelant, les faits de l'espèce n'exigent pas que je détermine si d'autres personnes financièrement interdépendantes qui vivent ensemble sans former une union conjugale, tels des amis ou des frères et sœurs, devraient avoir le droit constitutionnel de demander des aliments à la rupture de leur relation. Pour trancher, il faudrait effectuer une analyse constitutionnelle distincte dont il est impossible de connaître l'issue à l'avance. Par conséquent, les arguments fondés sur l'extension possible de la définition du mot «conjoint» au-delà des circonstances de la présente affaire relèvent entièrement de la conjecture et ne peuvent justifier la violation des droits constitutionnels des couples de même sexe en l'espèce.

## VI. La réparation

Ayant conclu que l'exclusion des couples de même sexe à l'art. 29 de la *LDF* est inconstitutionnelle et qu'elle ne peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*, je dois maintenant examiner la question de la réparation sous le régime de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En Cour d'appel, les mots «l'homme et la

134

135

136

*FLA* and replaced with the words “two persons”. The application of the order was suspended for a period of one year. With respect, I am not convinced that that is a suitable remedy in the circumstances of the present case.

femme» ont été retranchés de la définition du terme «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* et ils ont été remplacés par les mots «deux personnes». L’exécution de l’ordonnance a été suspendue pour un an. Avec égards, je ne suis pas convaincu qu’il s’agisse de la réparation appropriée dans les circonstances de l’espèce.

137 In the leading case on constitutional remedies, *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, and more recently in *Vriend, supra*, this Court stated that the first step in selecting the appropriate remedial course is to determine the extent of the inconsistency between the impugned legislation and the *Charter*. In the case at bar, the inconsistency emanates from the underinclusive definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA*. As I have concluded above, the exclusion of same-sex partners from this definition violates the equality rights guaranteed in s. 15 of the *Charter* and cannot survive any of the stages of review that comprise the s. 1 analysis.

Dans l’arrêt de principe en matière de réparations constitutionnelles, *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, et plus récemment dans l’arrêt *Vriend*, précité, notre Cour a statué que la première étape à suivre pour choisir la mesure corrective appropriée consistait à déterminer l’étendue de l’incompatibilité de la loi contestée avec la *Charte*. Dans le présent pourvoi, l’incompatibilité émane de la portée trop limitative de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF*. Comme je l’ai conclu précédemment, l’exclusion des partenaires de même sexe de cette définition viole les droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la *Charte* et ne peut franchir aucune des étapes de l’analyse fondée sur l’article premier.

138 Having identified the extent of the inconsistency, the Court must determine the appropriate remedy. *Schachter* provides several options in the present case: (1) “striking down”: the Court may hold that the *FLA* in its entirety is of no force or effect; or (2) “severance”: the Court may hold that only the offending portion of the statute, namely, s. 29 is of no force or effect and that the rest of the Act remains in force; or (3) “reading in/reading down”: the Court may engage in some combination of reading in and reading down so as to replace the offending words with language that will include the wrongly excluded group (as the inconsistency in the instant case stems from an omission, reading down alone is inappropriate); or (4) striking down, severance, or reading in/reading down with a temporary suspension of the Court’s order so that the government has an opportunity to enact a constitutionally valid spousal support scheme.

Ayant déterminé l’étendue de l’incompatibilité, la Cour doit choisir la réparation appropriée. L’arrêt *Schachter*, énonce diverses options applicables en l’espèce: (1) l’«annulation»: la Cour peut statuer que la *LDF* en entier est inopérante; (2) la «dissociation»: la Cour peut décider que seules les dispositions irrégulières de la Loi, soit l’art. 29, sont inopérantes et que le reste de la Loi reste en vigueur; (3) l’«interprétation large» et l’«interprétation atténuée»: la Cour peut combiner ces techniques de manière à remplacer les mots irréguliers par d’autres qui incluront le groupe exclu à tort (comme l’incompatibilité en l’espèce découle d’une omission, le recours à l’interprétation atténuée seule n’est pas approprié); (4) l’annulation, la dissociation ou l’interprétation large et l’interprétation atténuée assortie d’une suspension temporaire de l’ordonnance de la Cour de manière à donner au gouvernement la possibilité d’adopter un régime qui soit valide sur le plan constitutionnel en matière d’obligation alimentaire entre conjoints.

139 In determining whether the reading in/reading down option is more appropriate than either striking down or severance, the Court must consider

Pour déterminer si l’option de l’interprétation large et de l’interprétation atténuée est plus appropriée que l’annulation ou la dissociation, la Cour

how precisely the remedy can be stated, budgetary implications, the effect the remedy would have on the remaining portion of the legislation, the significance or long-standing nature of the remaining portion and the extent to which a remedy would interfere with legislative objectives (see *Schachter, supra*; *Vriend, supra*). As to the first of these criteria, the remedy of reading in is only available where the court can direct with a sufficient degree of precision what is to be read in to comply with the Constitution. Remedial precision requires that the insertion of a handful of words will, without more, ensure the validity of the legislation and remedy the constitutional wrong (see *Egan, supra*, at para. 223, *per Cory and Iacobucci JJ.*; *Vriend, supra*, at para. 155).

In the present case, the defect in the definition of “spouse” can be precisely traced to the use of the phrase “a man and woman”, which has the effect of excluding same-sex partners from the spousal support scheme under the *FLA*. I recognize that there is remedial precision in so far as reading down this phrase and reading in the words “two persons” will, without more “remedy the constitutional wrong”. However, I am not persuaded that reading in will also “ensure the validity of the legislation”.

If the remedy adopted by the court below is allowed to stand, s. 29 of the *FLA* will entitle members of same-sex couples who otherwise qualify under the definition of “spouse” to apply for spousal support. However, any attempt to opt out of this regime by means of a cohabitation agreement provided for in s. 53 or a separation agreement set out in s. 54 would not be recognized under the Act. Both ss. 53 and 54 extend to common-law cohabitants but apply only to agreements entered into between “a man and woman”. Any extension of s. 29 of the Act would have no effect upon these Part IV domestic contract provisions of the *FLA*, which do not rely upon the Part III definition of “spouse”. Thus, same-sex partners would find themselves in the anomalous position of hav-

doit prendre en considération le degré de précision de la réparation, les conséquences financières, l’incidence que la réparation aurait sur les autres dispositions de la loi, le poids ou le caractère historique de ces dispositions et la mesure dans laquelle une réparation nuirait à la réalisation des objectifs législatifs (voir *Schachter*, précité; *Vriend*, précité). En ce qui concerne le premier de ces critères, le recours à l’interprétation large n’est possible que lorsque la cour peut décider avec suffisamment de précision ce qui devrait être ajouté pour qu’il y ait conformité avec la Constitution. Pour qu’une mesure corrective soit précise, il faut que l’insertion de quelques mots ait pour seul effet d’assurer la validité de la loi et d’en corriger l’inconstitutionnalité (voir *Egan*, précité, au par. 223, les juges Cory et Iacobucci; *Vriend*, précité, au par. 155).

Dans le présent pourvoi, le défaut de la définition du mot «conjoint» peut être cerné avec précision: l’utilisation de l’expression «l’homme et la femme», qui a pour effet d’exclure les partenaires de même sexe du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints établi par la *LDF*. Je reconnais que la mesure corrective est précise en ce que l’interprétation atténuée de cette expression et l’insertion, par interprétation large, des mots «deux personnes» aura pour seul effet de «corriger l’inconstitutionnalité». Toutefois, je ne suis pas persuadé que l’interprétation large aura aussi pour effet d’«assurer la validité de la loi».

Si la réparation accordée par la Cour d’appel est maintenue, l’art. 29 de la *LDF* autorisera les membres des couples de même sexe qui satisfont par ailleurs aux exigences de la définition du mot «conjoint» à demander des aliments à leur conjoint. Cependant, la Loi n’admettrait pas la possibilité qu’ils s’excluent du régime au moyen de l’accord de cohabitation prévu à l’art. 53 ou de l’accord de séparation visé à l’art. 54. Tant l’art. 53 que l’art. 54 s’appliquent aux conjoints de fait qui cohabitent, mais uniquement dans la mesure où les accords sont conclus entre «l’homme et la femme». Aucun élargissement de la portée de l’art. 29 de la Loi n’aurait d’effet sur les dispositions relatives aux contrats familiaux de la partie IV, puisque la définition donnée au mot «conjoint»

140

141

ing no means of opting out of the default system of support rights. As this option is available to opposite-sex couples, and protects the ability of couples to choose to order their own affairs in a manner reflecting their own expectations, reading in would in effect remedy one constitutional wrong only to create another, and thereby fail to ensure the validity of the legislation.

dans la partie III ne s'y applique pas. Par conséquent, les partenaires de même sexe se retrouveraient dans la situation anormale de n'avoir aucune possibilité de s'exclure du régime supplétif établi en matière d'aliments. Comme cette option est ouverte aux couples de sexe différent et qu'elle préserve l'autonomie des couples qui peuvent choisir de régler leurs propres affaires selon leurs propres attentes, l'interprétation large corrigerait une incompatibilité inconstitutionnelle en en créant une autre, et n'assurerait pas la validité de la loi.

142 In addition, reading into the definition of "spouse" in s. 29 of the Act will have the effect of including same-sex couples in Part V of the *FLA* (Dependants' Claim for Damages), as that part of the Act relies upon the definition of "spouse" as it is defined in Part III. In my opinion, where reading in to one part of a statute will have significant repercussions for a separate and distinct scheme under that Act, it is not safe to assume that the legislature would have enacted the statute in its altered form. In such cases, reading in amounts to the making of *ad hoc* choices, which Lamer C.J. in *Schachter, supra*, at p. 707, warned is properly the task of the legislatures, not the courts.

De plus, l'interprétation large de la définition du mot «conjoint» à l'art. 29 de la Loi aura pour effet d'inclure les couples de même sexe dans la partie V de la *LDF* (dommages-intérêts dus aux personnes à charge), étant donné que la définition donnée au mot «conjoint» à la partie III s'applique à cette partie de la Loi. À mon avis, lorsque l'interprétation large d'une partie d'une loi a des répercussions importantes sur un autre régime distinct prévu par la même loi, il n'est pas prudent de présumer que le législateur aurait adopté la loi dans sa version modifiée. Dans ces cas, le recours à l'interprétation large équivaut à faire des choix particuliers, responsabilité qui incombe au législateur, et non aux tribunaux, comme le juge en chef Lamer l'a rappelé dans *Schachter*, précité, à la p. 707.

143 In cases where reading in is inappropriate, the court must choose between striking down the legislation in its entirety and severing only the offending portions of the statute. As noted by Lamer C.J. in *Schachter*, at p. 697, "[w]here the offending portion of a statute can be defined in a limited manner it is consistent with legal principles to declare inoperative only that limited portion. In that way, as much of the legislative purpose as possible may be realized."

Lorsque l'interprétation large n'est pas appropriée, le tribunal doit choisir entre l'annulation de la loi en entier et la dissociation des seules parties inconstitutionnelles de la loi. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Schachter*, à la p. 697, «[s]i la partie irrégulière d'une loi peut être isolée, il est conforme aux principes juridiques de déclarer inopérante seulement cette partie. On peut ainsi réaliser autant que possible l'objectif législatif.»

144 In the case at bar, striking down the whole of the *FLA* would be excessive as only the definition of "spouse" in Part III of the Act has been found to violate the *Charter*. This is not a case where the parts of the legislative scheme which do offend the *Charter* are so inextricably bound up with the non-offending portions of the statute that what remains cannot independently survive. As a result, it would be safe to assume that the legislature would have

En l'espèce, annuler toute la *LDF* serait excessif étant donné que seule la définition du mot «conjoint» de la partie III de la Loi a été jugée contraire à la *Charte*. Il ne s'agit pas d'un cas où les parties inconstitutionnelles du régime prévu par la loi sont liées si inextricablement aux parties de la loi qui ne sont pas contraires à la *Charte* que ces dernières ne peuvent subsister indépendamment. Par conséquent, on peut sans danger présumer que le

passed the constitutionally sound parts of the statute without the unsound parts. See *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, at p. 518; *Schachter, supra*, at p. 697.

On the basis of the foregoing, I conclude that severing s. 29 of the Act such that it alone is declared of no force or effect is the most appropriate remedy in the present case. This remedy should be temporarily suspended for a period of six months. Although we have been advised against the imposition of a suspension by both the appellant and the respondent, for the reasons which follow, I find that a suspension is necessary.

In *Egan, supra*, at para. 226, writing in dissent on behalf of myself and Cory J., I would have granted a suspension of the remedy on the basis that “the extension of the spousal allowance, while certainly a legal issue, is also a concern of public policy”. In this respect, I noted that “some latitude ought to be given to Parliament to address the issue and devise its own approach to ensuring that the spousal allowance be distributed in a manner that conforms with the equality guarantees of the *Charter*”. These same concerns arise in the case at bar with respect to the spousal support scheme under the *FLA*.

In addition, I note that declaring s. 29 of the *FLA* to be of no force or effect may well affect numerous other statutes that rely upon a similar definition of the term “spouse”. The legislature may wish to address the validity of these statutes in light of the unconstitutionality of s. 29 of the *FLA*. On this point, I agree with the majority of the Court of Appeal which noted that if left up to the courts, these issues could only be resolved on a case-by-case basis at great cost to private litigants and the public purse. Thus, I believe the legislature ought to be given some latitude in order to address these issues in a more comprehensive fashion.

législateur aurait adopté les parties constitutionnelles de la loi sans les parties inconstitutionnelles. Voir *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, à la p. 518; *Schachter, précité*, à la p. 697.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la dissociation de l’art. 29 de la Loi, de telle sorte que seul cet article soit déclaré inopérant, est la réparation la plus appropriée en l’espèce. L’application de cette réparation serait suspendue temporairement pendant six mois. Bien que tant l’appelant que l’intimée aient conseillé à la Cour de ne pas imposer une suspension, pour les motifs qui suivent, je conclus qu’une suspension est nécessaire.

Dans *Egan, précité*, au par. 226, dissident avec le juge Cory, j’étais d’avis d’accorder une suspension de la réparation pour le motif que, «s’il pose certainement une question juridique, l’élargissement de la portée de l’allocation de conjoint est également une question d’intérêt public». À cet égard, je notais qu’«il y a lieu de laisser au législateur une certaine latitude afin qu’il se penche sur la question et conçoive sa propre méthode pour permettre que l’allocation de conjoint soit distribuée d’une manière compatible avec les droits à l’égalité garantis par la *Charte*». Le présent pourvoi soulève les mêmes préoccupations en ce qui concerne le régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF*.

En outre, je fais remarquer qu’une déclaration portant que l’art. 29 de la *LDF* est inopérant pourrait bien avoir des incidences sur de nombreuses autres lois qui reposent sur une définition similaire du terme «conjoint». Il se peut que le législateur veuille régler la question de la validité de ces lois compte tenu de l’inconstitutionnalité de l’art. 29 de la *LDF*. Sur ce point, je suis d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel qui ont noté que, si ces questions étaient laissées à l’appréciation des tribunaux, elles ne pourraient être tranchées que sur la base du cas par cas, à grands frais pour les plaideurs privés et pour le contribuable. Par conséquent, je crois qu’il faut accorder au législateur une certaine latitude pour lui permettre d’aborder ces questions d’une façon plus globale.

145

146

147

VII. Costs

148 At trial, the motions judge ordered the Attorney General for Ontario (the appellant before this Court) to pay M.'s costs. This decision was unanimously upheld on appeal. However, Charron J.A. in the Court of Appeal made no order as to costs in the proceedings before her, finding that because the appeal raised a constitutional issue of significant public importance, each party and the interveners should bear their own costs. This Court gave the Attorney General leave to appeal on the condition that it pay M.'s costs at this level regardless of the result.

149 M. now submits on cross-appeal that the Court of Appeal erred in failing to grant costs to the successful party. I disagree. Costs are a discretionary determination and absent any clear error, this Court should be loath to interfere: *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 39. As I can find no such error in the case at bar, I would therefore make no order with respect to costs in the Court of Appeal.

150 As to costs in this Court, I would order that the appellant pay the respondent M.'s costs on a solicitor-and-client scale. The appellant chose to pursue this matter despite the fact that the original parties to the action, M. and H., had settled their claim prior to the commencement of proceedings before this Court. As this case no longer relates to the *lis* between the parties, the proceedings were in large measure an attempt by the appellant to obtain judicial clarification of the state of the law. In these circumstances, the respondent should not be put to any expense for costs.

151 For the same reasons outlined above, namely that there is no longer a *lis* between the parties and the Attorney General brought this appeal to determine an issue of public importance, the Attorney

VII. Les dépens

En première instance, le juge des requêtes a ordonné au procureur général de l'Ontario (l'appellant dans le présent pourvoi) de payer les dépens de M. Cette décision a été confirmée à l'unanimité en appel. Toutefois, le juge Charron, de la Cour d'appel, n'a rendu aucune ordonnance quant aux dépens afférents aux procédures devant elle, statuant que, parce que l'appel soulevait une question constitutionnelle d'une importance considérable pour le public, chaque partie de même que les intervenants devaient supporter leurs propres dépens. Notre Cour a accordé au procureur général l'autorisation de se pourvoir à la condition qu'il paye les dépens supportés par M. dans notre Cour, quelle que soit l'issue de la cause.

M. soutient maintenant dans un pourvoi incident que la Cour d'appel a commis une erreur en omettant d'accorder les dépens à la partie qui a eu gain de cause. Je ne suis pas d'accord. L'adjudication des dépens relève d'un pouvoir discrétionnaire et, sauf erreur manifeste, notre Cour devrait hésiter à intervenir: *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, au par. 39. Étant donné que je ne peux conclure qu'une telle erreur a été commise en l'espèce, je suis d'avis de ne pas rendre d'ordonnance relativement aux dépens en Cour d'appel.

Quant aux dépens devant notre Cour, je suis d'avis d'ordonner à l'appellant de payer les dépens de l'intimée M. sur la base procureur-client. L'appelant a choisi de poursuivre l'affaire en dépit du fait que les parties originaires à l'action, M. et H., étaient parvenues à un règlement avant le commencement de la procédure devant notre Cour. Étant donné que l'affaire ne se rapporte plus au litige entre les parties, la procédure constituait en grande partie une tentative de l'appellant d'obtenir une clarification sur l'état du droit. Dans ces circonstances, l'intimée ne devrait avoir à supporter aucuns dépens.

Pour les motifs exposés ci-dessus, savoir qu'il n'existe plus de litige entre les parties et que le procureur général a formé le présent pourvoi pour que soit tranchée une question d'intérêt public, le

General has agreed that the respondent H. should be afforded the same treatment as M. and consents to an order to pay H.'s costs of this appeal. I would therefore make such an order. As I have ordered costs on a solicitor-client basis to M., I would also do so for H.

### VIII. Conclusions and Disposition

For the reasons set out by Cory J., I conclude that the exclusion of same-sex couples from the definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA* violates the equality rights guaranteed in s. 15 of the *Charter*. Further, for the reasons outlined above, I find that the impugned limitation is not saved under s. 1 of the *Charter*. I would declare s. 29 of no force or effect but temporarily suspend the effect of that declaration for a period of six months. Accordingly, I would dismiss the appeal and the cross-appeal with solicitor-and-client costs to both M. and H. in the proceedings before this Court.

I would thus answer the constitutional questions as follows:

1. Does the definition of "spouse" in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to Question 1 is "yes", is the infringement or denial demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) —

#### I. Introduction

Does the inability of a woman to bring a claim for spousal support under provincial family legis-

procureur général a reconnu que l'intimée H. devrait recevoir le même traitement que M. et il consent à ce que soit rendue une ordonnance de paiement des dépens de H. dans le présent pourvoi. Par conséquent, je suis d'avis de rendre une telle ordonnance. Comme j'ai adjugé les dépens à M. sur la base procureur-client, je suis d'avis de le faire également pour H.

### VIII. Conclusions et dispositif

Pour les motifs exposés par le juge Cory, je conclus que l'exclusion des couples de même sexe de la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF* viole les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. En outre, pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que la restriction contestée n'est pas sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis de déclarer que l'art. 29 est inopérant, mais de suspendre temporairement l'effet de cette déclaration pendant six mois. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident, avec dépens sur la base procureur-client dans notre Cour en faveur de M. et de H.

Je suis donc d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Est-ce que la définition de «conjoint» à l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, a pour effet de nier les droits garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou d'y porter atteinte?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que cette négation ou atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissent) —

#### I. Introduction

Le fait qu'une femme ne soit pas admise en vertu du droit de la famille provincial à demander

152

153

154

lation against her same-sex partner upon the breakdown of their relationship violate the equality guarantee contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? That is the question raised by this appeal. The answer depends upon whether s. 29 of Ontario's *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 ("*FLA*"), and in particular, the definition of "spouse" contained in that section, infringes s. 15(1) of the *Charter* because it is underinclusive. If so, the Court must consider whether that infringement can be upheld as a demonstrably justified limit under s. 1 of the *Charter*. For the reasons which follow, I believe that the impugned section is constitutionally sound. In my view, s. 29 of the *FLA* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*, and consequently, no such claim may be brought.

155 Plainly, this appeal raises elemental social and legal issues. Indeed, it is no exaggeration to observe that it represents something of a watershed. I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Cory and Iacobucci JJ. I gratefully adopt their account of the facts of this appeal. However, I am unable to agree with my colleagues' disposition of this appeal or their underlying reasons for so doing. I believe that the stance adopted by the majority today will have far-reaching effects beyond the present appeal. The majority contends, at para. 135, that it need not consider whether a constitutionally mandated expansion of the definition of "spouse" would open the door to a raft of other claims, because such a concern is "entirely speculative". I cannot agree. The majority's decision makes further claims not only foreseeable, but very likely. Because the nature of my disagreement with the majority in this case is basic, I have felt it necessary to set out my views at some length.

156 The disagreement in this appeal arises from differing views on the purpose of the legislation. Cory and Iacobucci JJ. ascribe a purpose to s. 29 of the *FLA* that centres on the interdependency of

des aliments à sa partenaire de même sexe à la rupture de leur union viole-t-il le droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*? C'est la question soulevée par le présent pourvoi. Pour y répondre, il faut déterminer si l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3 («*LDF*»), et en particulier la définition du mot «conjoint» qu'il renferme, porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il est trop limitatif. Dans l'affirmative, la Cour doit décider si cette atteinte peut être maintenue à titre de limite dont la justification peut être démontrée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je crois que l'article contesté est valide sur le plan constitutionnel. À mon avis, l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte au par. 15(1) de la *Charte* et, par conséquent, une telle demande ne saurait être formée.

Manifestement, le présent pourvoi soulève des questions sociales et juridiques fondamentales. En fait, il n'est pas exagéré de dire qu'il constitue en quelque sorte un point tournant. J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Cory et Iacobucci. J'adopte avec reconnaissance leur exposé des faits du présent pourvoi. Cependant, je ne puis être d'accord avec eux sur le dispositif ni sur les motifs qui l'étayaient. Je crois que la position prise par les juges majoritaires aujourd'hui aura des conséquences d'une portée considérable qui débordent le cadre du présent pourvoi. Les juges majoritaires affirment, au par. 135, qu'il n'est pas nécessaire de se demander si l'obligation constitutionnelle d'élargir la définition du mot «conjoint» pourrait ouvrir la porte à une série d'autres demandes, parce que cela relève «entièrement de la conjecture». Je ne puis être d'accord. La décision des juges majoritaires rend ces autres demandes non seulement prévisibles, mais très vraisemblables. Étant donné que mon désaccord avec les juges majoritaires en l'espèce est fondamental, j'éprouve le besoin d'exposer mon point de vue de façon assez détaillée.

Le désaccord dans le présent pourvoi tient à une divergence de vues sur l'objet législatif. Selon les juges Cory et Iacobucci, l'objet de l'art. 29 de la *LDF* est axé sur l'interdépendance constatée au

“intimate” relationships which they refer to as “conjugal” relationships of a specific degree of duration. In contrast, Bastarache J. believes that this legislation deals with individuals in “permanent and serious” relationships which cause or enhance economic disparity between the partners. In my opinion, this legislation seeks to recognize the specific social function of opposite-sex couples in society, and to address a dynamic of dependence unique to both men and women in opposite-sex couples that flows from three basic realities. First, this dynamic of dependence relates to the biological reality of the opposite-sex relationship and its unique potential for giving birth to children and its being the primary forum for raising them. Second, this dynamic relates to a unique form of dependence that is unrelated to children but is specific to heterosexual relationships. And third, this dynamic of dependence is particularly acute for women in opposite-sex relationships, who suffer from pre-existing economic disadvantage as compared with men. Providing a benefit (and concomitantly imposing a burden) on a group that uniquely possesses this social function, biological reality and economic disadvantage, in my opinion, is not discriminatory. Although the legislature is free to extend this benefit to others who do not possess these characteristics, the Constitution does not impose such a duty on that sovereign body.

These differing views on the purpose of the legislation are determinative in this appeal. Because Cory and Iacobucci JJ. (and Major J. by reference) suggest that the *FLA* targets intimate relationships, they understandably conclude that the legislation is unnecessarily underinclusive. Bastarache J. concludes that the *FLA* targets relationships typically characterized by permanence and economic dependency, and notes that same-sex relationships are not typically characterized by economic dependency. Nonetheless, Bastarache J. sees no reason to exclude individuals in same-sex relationships. In my judgment, the respondent M.’s claim

sein des unions «intimes» qu’ils désignent par l’expression unions «conjugales» d’une durée déterminée. Par contraste, le juge Bastarache croit que cette disposition vise les personnes formant une union «permanente» et «sérieuse» qui engendre ou accentue l’inégalité économique entre les partenaires. À mon avis, cette disposition vise à reconnaître la fonction sociale particulière des couples de sexe différent dans la société et à apporter une solution à la dynamique de dépendance propre aux femmes et aux hommes membres d’un couple de sexe différent laquelle résulte de trois réalités fondamentales. En premier lieu, cette dynamique a trait à la réalité biologique de l’union entre personnes de sexe différent et à son potentiel unique de procréation et au fait qu’il s’agit du principal cadre dans lequel sont élevés les enfants. En second lieu, cette dynamique est liée à une forme particulière de dépendance qui n’a aucun rapport avec les enfants mais qui est spécifique de l’union hétérosexuelle. En troisième lieu enfin, cette dynamique se fait sentir de façon particulièrement aiguë chez les femmes qui forment une union avec une personne de sexe différent car elles sont déjà défavorisées sur le plan économique par rapport aux hommes. Selon moi, le fait de conférer un avantage (et, du même coup, d’imposer un fardeau) au seul groupe auquel sont rattachés cette fonction sociale, cette réalité biologique et ce désavantage économique n’est pas discriminatoire. Bien qu’il soit loisible à l’Assemblée législative de conférer cet avantage à d’autres personnes qui ne possèdent pas ces caractéristiques, la Constitution n’impose pas une telle obligation à cet organe souverain.

Ces divergences de vues quant à l’objet de la loi sont déterminantes dans le présent pourvoi. Comme les juges Cory et Iacobucci (et le juge Major par renvoi) soutiennent que la *LDF* vise les unions intimes, ils concluent naturellement que la portée de la loi est inutilement limitative. Le juge Bastarache conclut que la *LDF* cible les unions habituellement caractérisées par la permanence et la dépendance financière, et il fait remarquer que les unions entre personnes de même sexe ne sont habituellement pas caractérisées par la dépendance financière. Néanmoins, le juge Bastarache ne voit aucune raison d’exclure les personnes formant une

fails because the legislation targets individuals who are in relationships which are fundamentally different from same-sex relationships. The legislation “corresponds” to the actual need, capacity, and circumstances of the claimant and those of the group the legislation targets. As such, I find that there is no “discrimination” within the meaning of that term in s. 15(1) of the *Charter* on the facts of this appeal. Accordingly, I would allow the Attorney General’s appeal.

158

I begin these reasons with a brief review of the approach this Court has taken in analysing s. 15(1) claims. With this understanding, I move to explain the purpose and practical operation of the *FLA*’s spousal support regime, reviewing the history of the law of spousal support generally and the support regime legislated in Ontario specifically. I explain why the purpose of the legislation is to target a specific group of people who possess unique characteristics, and I contrast this interpretation with those of my colleagues. Establishing the proper purpose of the legislation is critical to the s. 15(1) analysis. I begin this analysis by considering the proper comparison group, and then ask whether there has been a distinction created by the legislation between the claimant and this comparison group. Having established a distinction, I then analyse whether that distinction rests on enumerated or analogous grounds. Finally, I examine whether this distinction rests on the stereotypical application of presumed group or individual characteristics, or otherwise has the effect of demeaning the claimant’s human dignity. It is my conclusion that there is no stereotype at work: the legislation corresponds with the claimant’s need, capacity and circumstances. A full analysis of all of the contextual factors discussed in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, reveals that this differential treatment does not discriminate, and the claim must fail.

union avec une personne du même sexe. J’estime que la demande de l’intimée M. échoue parce que la loi vise les personnes qui forment des unions fondamentalement différentes des unions entre personnes de même sexe. La loi «correspond» aux besoins, à la capacité et à la situation propres à la demanderesse et au groupe visé par la loi. Ceci étant, les faits du présent pourvoi n’établissent pas comme tels l’existence d’une «discrimination» au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi du procureur général.

Je commence l’exposé des présents motifs par un bref examen de la méthode retenue par notre Cour pour l’analyse des demandes fondées sur le par. 15(1). Dans ce cadre, j’explique l’objet et l’application concrète du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* en passant en revue l’historique des règles de droit applicables à l’obligation alimentaire entre conjoints en général et celle du régime de l’obligation alimentaire prévu par la loi ontarienne en particulier. J’explique pourquoi l’objet de la loi vise un groupe précis de personnes qui possèdent des caractéristiques uniques, et j’oppose cette interprétation à celles de mes collègues. Établir le véritable objet de la loi est capital pour l’analyse selon le par. 15(1). Je commence cette analyse en examinant le groupe de comparaison approprié, et je pose la question de savoir si la loi crée une distinction entre la demanderesse et ce groupe de comparaison. Après avoir établi l’existence d’une distinction, je détermine si cette distinction est fondée sur des motifs énumérés ou analogues. Finalement, j’examine si cette distinction découle de l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou si elle a par ailleurs pour effet de porter atteinte à la dignité humaine de la demanderesse. Je conclus à l’absence de stéréotype: la loi correspond aux besoins, à la capacité et à la situation propres à la demanderesse. L’analyse exhaustive de l’ensemble des facteurs contextuels exposés dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, révèle que cette différence de traitement n’est pas discriminatoire, de sorte que la demande doit échouer.

## II. Analysis

### A. *Approach to Section 15(1) of the Charter*

The appropriate analytical approach to be taken to claims arising under s. 15(1) of the *Charter* has been addressed by this Court in *Law, supra*. This Court unanimously held that in analysing a s. 15(1) claim, one must take into account certain contextual factors, having regard to the purpose of s. 15(1) in protecting human dignity. There are three broad inquiries which a court must make in its analysis. First, does the impugned legislative provision draw a distinction between the claimant and others who are relevant comparators based on one or more personal characteristics, or fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society, resulting in substantively differential treatment between the claimant and others? That distinction may be apparent on the face of the legislation, or it may be that the effect of the legislation is to draw such a distinction. Either type of distinction will suffice. The court must then consider whether that distinction is based on one or more enumerated or analogous grounds. The third step in this exercise is to establish discriminatory treatment. Here, the court considers a variety of contextual factors in establishing whether a burden has been imposed or a benefit withheld in a manner that "reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration" (*Law, supra*, at para. 88).

At this stage of the analysis, several contextual factors are considered. Among them are: pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability; the correspondence between the ground of distinction and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant and others; the ameliorative purpose of the legislation (if any); and the nature and scope of the interest affected.

## II. Analyse

### A. *Application du par. 15(1) de la Charte*

Dans l'arrêt *Law*, précité, notre Cour expose la méthode d'analyse à suivre relativement aux demandes fondées sur le par. 15(1) de la *Charte*. Notre Cour conclut à l'unanimité que pour analyser une demande fondée sur le par. 15(1), il faut tenir compte de certains facteurs contextuels étant donné l'objet du par. 15(1) qui est de protéger la dignité humaine. Dans le cadre de son analyse, le tribunal doit examiner trois grandes questions. D'abord, la disposition législative contestée établit-elle une distinction fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles entre le demandeur et d'autres personnes qui sont des objets de comparaison valables ou omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle se trouve déjà le demandeur dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre le demandeur et d'autres personnes? Cette distinction peut ressortir du libellé de la loi ou résulter de l'effet de la loi. L'un ou l'autre type de distinction suffit. Le tribunal doit ensuite déterminer si cette distinction est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues. La troisième étape de ce processus consiste à établir le traitement discriminatoire. À ce stade, le tribunal examine divers facteurs contextuels pour déterminer s'il y a eu imposition d'un fardeau ou privation d'un avantage d'une manière qui «dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération» (*Law*, précité, au par. 88).

À cette étape de l'analyse, plusieurs facteurs contextuels sont examinés. Parmi ceux-ci, signalons la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité; la correspondance entre le motif de distinction et les besoins, la capacité ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes; l'objet d'amélioration de la loi (le cas échéant); la nature et

These factors are to be taken into account in light of the purpose of s. 15(1), the protection of human dignity. Discrimination will generally exist only where an enumerated or analogous ground has been relied upon in a stereotypical fashion as the basis for a legislative distinction. In the absence of reliance upon a stereotype, discrimination is unlikely to have been made out. If reliance on a stereotype is found to exist, and the claimant's human dignity has been violated, then an infringement of s. 15(1) will have been established, and the court must then consider whether the infringement may be justified under s. 1 of the *Charter*.

#### B. *The Family Law Act's Spousal Support Scheme*

161

A proper understanding of both the theory and practical operation of the *FLA*'s spousal support regime is essential both for establishing appropriate comparison groups and for determining whether there has been discrimination in this case. At para. 57 of *Law, supra*, Iacobucci J. explained that in order to establish the appropriate comparator, "the purpose and the effect of the legislation must be considered" (emphasis added). Locating the appropriate comparator will affect the analysis of many of the contextual factors contained in the discrimination analysis: *Law*, at para. 56. It is also clear that the purpose of the legislation is also relevant in other areas of the s. 15(1) analysis. In particular, we are to ask whether the legislation has a discriminatory purpose (*Law*, at para. 80). We are also to determine if the legislation has an ameliorative purpose in order to decide whether it is under-inclusive of a comparatively disadvantaged group (*Law*, at para. 72). Therefore, determining the purpose of the legislation will be relevant for both the s. 15(1) and the s. 1 analysis, as each of the reasons in this case aptly demonstrates.

l'étendue des intérêts touchés. Il faut apprécier ces facteurs selon l'optique de l'objet du par. 15(1) qui est la protection de la dignité humaine. Il n'y aura généralement discrimination que dans les cas où la distinction législative a été fondée de façon stéréotypée sur un motif énuméré ou analogue. En l'absence de stéréotype, il est peu probable que la discrimination soit établie. Si le tribunal conclut que la distinction est fondée sur un stéréotype et qu'il y a eu atteinte à la dignité humaine du demandeur, l'atteinte au par. 15(1) est établie, de sorte qu'il doit alors déterminer si l'atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

#### B. *Le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la Loi sur le droit de la famille*

Il est essentiel de bien comprendre à la fois la théorie et l'application pratique du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* tant pour établir les groupes de comparaison appropriés que pour déterminer s'il y a eu discrimination en l'espèce. Au paragraphe 57 de l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci explique qu'afin de déterminer l'objet de comparaison approprié, «[i]l faut examiner à la fois l'objet et l'effet des dispositions» (je souligne). Le choix de l'objet de comparaison aura des répercussions sur l'examen de nombreux facteurs contextuels dans l'analyse de la discrimination: *Law*, précité, au par. 56. Il est également clair que l'objet de la loi est aussi pertinent à d'autres égards dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1). En particulier, il faut se demander si la loi a un objet discriminatoire (*Law*, précité, au par. 80). Il faut aussi déterminer si la loi a un objet d'amélioration afin de décider si sa portée est trop limitative à l'égard d'un groupe comparativement défavorisé (*Law*, précité, au par. 72). Par conséquent, la détermination de l'objet de la loi sera pertinente en ce qui a trait à la fois à l'analyse selon le par. 15(1) et à l'analyse prévue par l'article premier, comme le démontre éloquentement chacun des exposés des motifs en l'espèce.

162

In this appeal, the four differing sets of reasons of my colleagues ascribe different purposes to the legislation, and each utilizes a different comparator, which results in a different understanding of

Dans le présent pourvoi, les quatre exposés des motifs de mes collègues attribuent chacun des objets différents à la loi et chacun utilise un objet de comparaison différent, d'où une appréciation

the contextual factors. In my reasons, I provide a brief review of the history of support obligations at common law, and the development of the statutory scheme that eventually replaced most of the common law in this area. In my view, it is against this background that the purpose and effect of the *FLA*'s spousal support regime should be scrutinized under the *Charter*. The Court has recognized on many occasions — most recently in *Law* — that such a contextual examination is essential. I continue to adhere to that approach here.

#### Historical Overview of the Law Governing Spousal Support

I begin with the observation that our law imposes no general obligation of support between persons. As a general rule, individuals are expected to provide for themselves. Although governments intervene in myriad ways to provide assistance to those in need, that does not affect the principle advanced here. Government intervention is, as a general rule, limited to assisting those in need, not imposing legal obligations upon third parties to assist them. To the general rule that individuals have no obligation to support each other, our law has long made specific exceptions. I address one of those exceptions in some detail below, but I wish to emphasize here that it has always been considered to be an exception to a general rule. Where exceptions have been made, they have been narrowly tailored to achieve specific purposes.

The history of family law is, in many ways, the history of the gradual emancipation of women from legal impediments to full equality. At common law, marriage was a status with reciprocal (though not identical) rights and duties. Husbands were under a duty to support their wives and this duty continued for so long as the parties remained married. The obligation upon husbands to support their wives was a counterpart to the control of all real property held by their wives, and outright ownership of their wives' personal property, which husbands acquired upon marriage. The capacity of

différente des facteurs contextuels. Dans mes motifs, je fais une brève revue de l'historique des obligations alimentaires en common law et de l'évolution du régime législatif qui a finalement remplacé la majeure partie des règles de common law dans ce domaine. Selon moi, c'est sur cette toile de fond que l'objet et l'effet du régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* doivent être examinés en application de la *Charte*. La Cour a reconnu à de nombreuses reprises — et tout dernièrement dans l'arrêt *Law* — que cet examen du contexte est essentiel. Je réitère en l'espèce mon adhésion à cette façon de procéder.

#### Aperçu historique des règles de droit régissant l'obligation alimentaire entre conjoints

Je commence par noter que notre droit n'impose aucune obligation alimentaire générale entre les personnes. En règle générale, chacun est censé subvenir à ses propres besoins. Les gouvernements interviennent de multiples façons pour aider les personnes dans le besoin mais cela ne change rien au principe avancé ici. L'intervention gouvernementale se limite, en règle générale, à aider les personnes dans le besoin, sans assujettir des tiers à l'obligation légale de les secourir. À cette règle générale que les individus n'ont pas d'obligation alimentaire les uns envers les autres, notre droit a depuis longtemps apporté des exceptions précises. J'examine l'une de ces exceptions de façon assez détaillée ci-dessous, mais je désire souligner qu'elle a toujours été considérée comme une exception à une règle générale. Lorsque des exceptions ont été établies, elles ont été conçues de façon stricte afin de réaliser un objectif précis.

L'histoire du droit de la famille c'est, à de nombreux égards, l'histoire de l'affranchissement graduel des femmes de leurs entraves juridiques jusqu'à la pleine égalité. En common law, le mariage créait entre les conjoints des droits et des obligations réciproques (bien que non identiques). Les maris étaient tenus de subvenir aux besoins de leurs femmes et cette obligation durait aussi longtemps que durait le mariage. L'obligation faite aux maris de subvenir aux besoins de leurs femmes était la contrepartie du contrôle qu'ils exerçaient sur tous les biens immeubles possédés

163

164

a married woman to own or dispose of property was severely constrained. The doctrine of coverture dictated that a woman's separate legal identity disappeared upon marriage. Blackstone thus observed that, "[b]y marriage, the husband and wife are one person in law . . . [and] the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband": W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book I, at p. 442. Upon marriage, women suffered "civil death": L. Chambers, *Married Women and Property Law in Victorian Ontario* (1997), at p. 3.

par leurs épouses et du droit de propriété qu'ils acquéraient à titre définitif sur les biens meubles de leurs femmes en raison du mariage. La capacité de la femme mariée de posséder ou d'aliéner des biens était grandement restreinte. Selon la théorie de la protection maritale (*coverture*), la femme perdait son identité juridique distincte lors du mariage. C'est ainsi que Blackstone constate que «[p]ar le mariage, l'homme et la femme deviennent une seule personne aux yeux de la loi [et] l'être même ou l'existence légale de la femme est suspendue pendant le mariage, ou du moins incorporée et renfermée dans celle du mari»: W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 2, à la p. 215. Lorsqu'elles se mariaient, les femmes subissaient la [TRADUCTION] «mort civile»: L. Chambers, *Married Women and Property Law in Victorian Ontario* (1997), à la p. 3.

165 Wives were thus in a perilous situation in the event of marital breakdown. Marriage was, as a practical matter, indissoluble, because the ecclesiastical courts — which were the sole curial *fora* for divorce petitions in England — were not established in Canada. A wife, being without property, had no means to support herself independently. Evidently, the maintenance obligation owed to a wife by her husband was of considerable importance to her. While theoretically enforceable, in practice a wife's ability to enforce the maintenance obligation owed to her was severely constrained. The law was not designed to address the breakdown of marriages, and so, unsurprisingly, it proved inadequate to the task. This left married women in an extremely vulnerable position.

Les femmes se trouvaient donc dans une situation périlleuse en cas de rupture du mariage. Le mariage était, en pratique, indissoluble, étant donné que les tribunaux ecclésiastiques — qui étaient les seuls tribunaux pouvant statuer sur les demandes de divorce en Angleterre — n'existaient pas au Canada. Démunie de biens, la femme n'avait aucun moyen de subvenir elle-même à ses propres besoins. Évidemment, l'obligation alimentaire dont le mari était tenu à l'égard de sa femme revêtait une importance considérable pour cette dernière. Bien que cette obligation alimentaire fût exécutoire en théorie, la capacité d'une femme d'en obtenir l'exécution était grandement limitée en pratique. La loi n'ayant pas été conçue en fonction de la rupture du mariage, il n'est pas étonnant qu'elle se soit avérée inadéquate. Les femmes mariées étaient extrêmement vulnérables.

166 First, as long as the husband and wife lived together, their standard of living was considered to be a matter entirely within the discretion of the husband. Second, a wife was deemed to have waived her right to maintenance if, for whatever reason, she and her husband were not living together, even by agreement. Third, the mechanism for enforcing the maintenance obligation was entirely inadequate. Indeed, the common law, rely-

Premièrement, tant que les conjoints vivaient ensemble, leur niveau de vie était considéré comme une question relevant exclusivement du mari. Deuxièmement, la femme était réputée avoir renoncé à son droit aux aliments si, pour quelque raison que ce soit, son mari et elle ne vivaient pas ensemble, même d'un commun accord. Troisièmement, le mécanisme d'exécution de l'obligation alimentaire était complètement inadéquat. En fait,

ing upon the unity of their legal personality, did not permit an action between husband and wife. Finally, while in theory, the court had the power to order maintenance where a wife had committed adultery, in practice this was rarely done. This was so even if her husband had himself committed adultery or treated her with great cruelty. Thus, a wife had to show desertion, adultery, or cruelty on the husband's part, and yet remain blameless herself. See the discussion of these points in S. M. Cretney and J. M. Masson, *Principles of Family Law* (6th ed. 1997), at pp. 81-82; D. J. MacDougall, "Alimony and Maintenance", c. 6, in D. Mendes da Costa, ed., *Studies in Canadian Family Law* (1972), vol. 1, 283, at pp. 288-89; R. R. Evans, *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes* (1923), at pp. 303-4.

From its establishment in 1837, the Court of Chancery in Upper Canada intervened on occasion to mitigate the harshness of the common law regime. The court was authorized by its constituting statute to award alimony: see *An Act to establish a Court of Chancery in this Province*, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, c. 2, s. 3. In addition, a statutory framework slowly developed to address the perceived inadequacies of the common law regime. A patchwork of legislation, including the *Married Women's Property Acts* of 1859, 1872, and 1884 (subsequently R.S.O. 1970, c. 262), and the *Married Woman's Real Estate Act, 1873*, S.O. 1873, c. 18, sought to ameliorate the position of married women. Later, the *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, c. 211, as amended (subsequently R.S.O. 1970, c. 128), imposed both a support obligation and a mechanism for enforcing it upon husbands who left their wives, by deeming a wife to have been deserted in cases of cruelty or neglect where the wife had not herself committed uncondoned adultery. As this Court observed in *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, at p. 419, the purpose of such legislation was to "aim at declaring and enforcing

la common law ne permettait pas aux conjoints de se poursuivre en justice vu l'unité de leur personnalité juridique. Finalement, même si, en théorie, le tribunal avait le pouvoir d'ordonner le versement d'une pension alimentaire lorsque l'épouse avait commis l'adultère, cela se produisait rarement en pratique. Il en était ainsi même si son mari avait lui-même commis l'adultère ou avait fait preuve à l'endroit de sa femme d'une grande cruauté. Ainsi, la femme devait prouver l'abandon, l'adultère ou la cruauté de la part de son mari, tout en demeurant elle-même irréprochable. Voir l'analyse de ces points dans S. M. Cretney et J. M. Masson, *Principles of Family Law* (6<sup>e</sup> éd. 1997), aux pp. 81 et 82; D. J. MacDougall, «Alimony and Maintenance», ch. 6, dans D. Mendes da Costa, dir., *Studies in Canadian Family Law* (1972), vol. 1, 283, aux pp. 288 et 289; R. R. Evans, *The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes* (1923), aux pp. 303 et 304.

À partir de sa création en 1837, la Cour de la chancellerie du Haut-Canada est intervenue à l'occasion pour tempérer la rigueur du régime de common law. Sa loi constitutive l'autorisait à accorder des pensions alimentaires: voir *An Act to establish a Court of Chancery in this Province*, S.U.C. 1837, 7 Wm. IV, ch. 2, art. 3. De plus, un cadre législatif fut peu à peu élaboré pour remédier aux insuffisances constatées dans le régime prévu par la common law. Un ensemble de lois disparates, dont les *Married Women's Property Acts* de 1859, 1872 et 1884 (devenues R.S.O. 1970, ch. 262) et la *Married Woman's Real Estate Act, 1873*, S.O. 1873, ch. 18, visaient à améliorer la situation des femmes mariées. Par la suite, la *Deserted Wives' and Children's Maintenance Act*, R.S.O. 1937, ch. 211, et ses modifications (devenue R.S.O. 1970, ch. 128), prévoyaient à la fois une obligation alimentaire et un mécanisme d'exécution contre les maris qui avaient abandonné leur épouse, la femme étant réputée abandonnée dans les cas de cruauté ou de délaissement lorsqu'elle-même n'avait pas commis un adultère non pardonné. Comme notre Cour le note dans *Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, à la p. 419, cette loi visait à

the obligations of husbands and parents to maintain their wives and children". See also *The Matrimonial Causes Act, 1931*, S.O. 1931, c. 25 (subsequently R.S.O. 1970, c. 265). However, these legislative interventions were plainly insufficient. As women began to benefit from the social, technological and demographic changes that emerged during and after the Second World War, the spousal support regime, explicitly predicated as it was upon the legal inequality of husbands and wives, was increasingly viewed as an anachronism, and an impediment to gender equality.

[TRADUCTION] «établir l'obligation d'entretien des maris et des parents à l'égard de leur épouse et de leurs enfants et à en assurer l'exécution». Voir également *The Matrimonial Causes Act, 1931*, S.O. 1931, ch. 25 (devenue R.S.O. 1970, ch. 265). Cependant, ces interventions législatives étaient nettement insuffisantes. À mesure que les femmes ont commencé à bénéficier des changements sociaux, technologiques et démographiques survenus pendant et après la Seconde Guerre mondiale, ce régime de l'obligation alimentaire du mari qui dépendait si explicitement de l'inégalité juridique des conjoints a été de plus en plus considéré comme un anachronisme et un obstacle à l'égalité des sexes.

168

In the face of this anachronistic and jumbled system of family law, pressure mounted for a comprehensive overhaul of family law legislation more generally, and marital property and support obligations in particular. In 1964, the Ontario Law Reform Commission was charged with the task of producing a comprehensive report and recommendations on the reform of family law in Ontario. That Report, in six volumes, was released in 1975. In the foreword to its report on family property law, the Commission made note of the context in which it had been asked to make recommendations (*Report on Family Law, Part IV, "Family Property Law"* (1974), at pp. 4-5):

Devant ce système de droit de la famille embrouillé et anachronique, des pressions se sont fait sentir en faveur d'une révision complète de la législation familiale en général, et des règles relatives aux biens matrimoniaux et aux obligations alimentaires en particulier. En 1964, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a été chargée de préparer un rapport complet et des recommandations visant à réformer le droit de la famille en Ontario. Ce rapport, en six volumes, a été publié en 1975. Dans la préface de son rapport sur le droit relatif aux biens familiaux, la Commission fait état du contexte dans lequel la mission de faire des recommandations lui a été confiée (*Report on Family Law, Part IV, «Family Property Law»* (1974), aux pp. 4 et 5):

The common law doctrine of unity of husband and wife, with the consequent extinguishment of the wife's legal personality and vesting of her property and right to her income in her husband, was necessarily accompanied by the concept of the dependency of the married woman. The Married Women's Property Acts have terminated most of the incidents of the unity of legal personality in the marital relation, but the dependency of the wife is still very much a fact in twentieth-century Ontario. On a secular basis, marriage can be characterized as an economic arrangement that assumes this dependency of the wife upon the husband with a legal framework that is designed to provide a remedy for the wife if the husband's obligation to maintain her is not properly discharged. [Footnotes omitted, emphasis added.]

[TRADUCTION] La théorie de l'unité du mari et de la femme en common law, qui conduisait à la disparition de la personnalité juridique de la femme et à l'attribution à son mari de ses biens et d'un droit sur ses revenus, allait nécessairement de pair avec le concept de la dépendance de la femme mariée. *Les Married Women's Property Acts* ont mis fin à la plupart des effets secondaires de l'unité de la personnalité juridique dans les relations matrimoniales, mais la dépendance de la femme demeure encore bien réelle dans l'Ontario du XX<sup>e</sup> siècle. Sur le plan séculier, on pourrait dire que le mariage est une entente économique qui tient pour établie cette dépendance de la femme à l'égard de son mari qu'il régit par un cadre juridique accordant des recours à la femme si le mari ne s'acquitte pas convenablement de son obligation d'entretien. [Renvois omis; je souligne.]

In its recommendations, the Commission consciously rejected the “rigidities and inequalities” that characterized the existing law, which determined property rights as between spouses on the basis of their respective status as either a husband or a wife. The Commission took the view (at pp. 3-4) that:

Much of the present law presupposes and leads to a view of the parties to a marriage as the recipients of pre-determined socio-economic roles rather than as autonomous and independent human beings. The Commission believes that the law should be shaped consciously to allow all to choose their own roles within the modern society; avoiding as far as is possible past legal complacency in viewing married persons of either sex as stereotypes rather than individuals who are expected to conform to some pre-ordained social or economic condition. [Footnotes omitted.]

Consequently, the Commission’s recommendations were based on the premise that formal equality between spouses should be the legal norm in Ontario. However, the Commission did not stop there. Its recommendations were made with full awareness that according formal legal equality to women would not, in itself, be sufficient to address the obvious substantive inequalities faced by women. In the particular context of spousal support, the Commission was very much alive to the underlying social and economic realities of women: see generally Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law*, Part VI, “Support Obligations” (1975). Against this background, I turn to a discussion of the statutory scheme enacted by the legislature.

#### Ontario’s Spousal Support Scheme

The spousal support obligation at issue in this appeal is contained in s. 30 of the *FLA*:

Dans ses recommandations, la Commission a délibérément rejeté les [TRADUCTION] «rigidités et les inégalités» caractérisant le droit de l’époque, qui établissait les droits de propriété entre les conjoints en fonction de leur état respectif de mari ou de femme. La Commission a jugé que (aux pp. 3 et 4):

[TRADUCTION] Une bonne partie des règles de droit actuel présupposent et donnent à penser que les parties à un mariage sont des acteurs dont les rôles socio-économiques sont prédéterminés, plutôt que des êtres humains indépendants et autonomes. La Commission estime que les règles de droit doivent être délibérément conçues en vue de permettre à chacun de choisir son propre rôle dans la société moderne; il faut éviter autant que possible la complaisance manifestée par le droit dans le passé pour l’idée que les personnes mariées des deux sexes ne sont pas des individus mais des stéréotypes censés se conformer à une situation sociale ou économique prédéterminée. [Renvois omis.]

Par conséquent, la Commission a fondé ses recommandations sur la prémisse selon laquelle l’égalité formelle des conjoints devrait être la norme juridique en Ontario. Toutefois, la Commission ne s’est pas arrêtée là. En faisant ses recommandations, elle était bien consciente que le fait d’accorder l’égalité juridique formelle aux femmes ne suffirait pas en soi à aplanir les inégalités réelles évidentes auxquelles les femmes devaient faire face. Dans le contexte particulier de l’obligation alimentaire entre conjoints, la Commission était très au fait de la réalité sociale et économique sous-jacente vécue par les femmes: voir, en général, Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on Family Law*, Part VI, «Support Obligations» (1975). C’est sur cette toile de fond que j’entreprends l’analyse du régime législatif édicté par le législateur.

#### Le régime ontarien de l’obligation alimentaire entre conjoints

L’obligation alimentaire entre conjoints en cause dans le présent pourvoi est prévue à l’art. 30 de la *LDF*:

**30.** Every spouse has an obligation to provide support for himself or herself and for the other spouse, in accordance with need, to the extent that he or she is capable of doing so.

**30** Chaque conjoint est tenu de subvenir à ses propres besoins et à ceux de son conjoint, dans la mesure de ses capacités et des besoins.

172

It was argued before us that the nature of the spousal support obligation itself is not at issue in this appeal, but rather, simply the question of standing to invoke the spousal support provisions of the *FLA*. For reasons discussed in some detail below, I doubt that the nature of the spousal support obligation and the issue of standing to enforce it can be separated so neatly. That being said, the question of standing is governed by s. 29 of the *FLA*, which provides, in relevant part, that:

On a soutenu devant nous que ce n'est pas la nature de l'obligation alimentaire entre conjoints elle-même qui est en cause dans le présent pourvoi, mais plutôt simplement la qualité pour invoquer les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Pour des motifs que je précise plus loin, je doute que la nature de l'obligation alimentaire entre conjoints et la question de la qualité pour en demander l'exécution puissent être séparées de manière aussi claire. Cela dit, la question de la qualité pour agir est régie par l'art. 29 de la *LDF* dont le passage pertinent est ainsi conçu:

**29.** In this Part,

**29** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . .

“spouse” means a spouse as defined in subsection 1 (1), and in addition includes either of a man and woman who are not married to each other and have cohabited,

«conjoint» S'entend au sens du paragraphe 1 (1). Sont également compris l'homme et la femme qui ne sont pas mariés ensemble et qui ont cohabité, selon le cas:

- (a) continuously for a period of not less than three years, or
- (b) in a relationship of some permanence, if they are the natural or adoptive parents of a child.

- a) de façon continue depuis au moins trois ans;
- b) dans une relation d'une certaine permanence, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant.

173

The effect of ss. 29 and 30 of the *FLA* is to impose support obligations on members of married couples (because the reference in s. 29 to subs. 1(1) of the Act incorporates married couples, and those individuals who have entered into void or voidable marriages in good faith, within the scope of the definition of “spouse” in s. 29) and on members of unmarried opposite-sex couples who have cohabited continuously for at least three years, or, if they are the natural or adoptive parents of a child, “in a relationship of some permanence”. The challenge brought by the respondent M. to s. 29 of the *FLA* is that the section is underinclusive, because the definition of “spouse” therein is restricted to opposite-sex couples, thus, it is claimed, denying her equal benefit of the law under s. 15(1) of the *Charter*.

Les articles 29 et 30 de la *LDF* ont pour effet d'imposer des obligations alimentaires aux membres des couples mariés (parce que le renvoi dans l'art. 29 au par. 1(1) de la Loi incorpore les couples mariés et les personnes qui ont contracté de bonne foi un mariage nul de nullité relative ou absolue dans la définition donnée au mot «conjoint» à l'art. 29) et aux membres des couples de sexe différent non mariés qui ont cohabité de façon continue pendant au moins trois ans ou, s'ils sont les parents naturels ou adoptifs d'un enfant, «dans une relation d'une certaine permanence». L'intimée M. conteste l'art. 29 de la *LDF* pour le motif qu'il est trop limitatif, la définition du mot «conjoint» étant restreinte aux couples de sexe différent, ce qui entraîne une négation de son droit à l'égalité de bénéfice de la loi garanti par le par. 15(1) de la *Charte*.

The *Family Law Reform Act, 1975*, S.O. 1975, c. 41 (“*FLRA*”), was the first modern legislation in Ontario to reform the law applicable to marriage generally and spousal support in particular. The *FLRA* abolished the unity of legal personality between husband and wife and other restraints on the capacity of married persons. Formal equality between the sexes was thus established. Amendments were introduced in 1976 with a view to an expansion of the scope of family law legislation. The Legislative Assembly determined that cohabiting opposite-sex couples were also coming to play the social role previously filled almost exclusively by married couples. It was in response to the recognition that cohabiting opposite-sex couples were coming to serve as the functional equivalent of actual marriage that support obligations were first extended to cohabiting opposite-sex spouses.

The amendments became law in 1978 (*Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2), extending support obligations to members of opposite-sex couples who had cohabited continuously for at least five years, or, where there was a child of the relationship, when the parties had a “relationship of some permanence” (s. 14). The 1978 amendments also provided for the recognition of domestic contracts, thus enabling married couples or unmarried cohabiting opposite-sex couples to enter into such contracts relating to marital property and support obligations rather than rely upon the default provisions contained in the *FLRA* itself. Subsequent amendments in 1986 (*Family Law Act, 1986*, S.O. 1986, c. 4, s. 29) reduced the period of cohabitation required to trigger the spousal support provisions contained in the *FLRA* from five to three years.

I note parenthetically that the legislative framework governing spousal support varies considerably from province to province. In most provinces, and in the three territories, members of cohabiting opposite-sex couples are included within the scope

La *Family Law Reform Act, 1975*, S.O. 1975, ch. 41 («*FLRA*»), a été la première loi moderne adoptée en Ontario pour réformer les règles de droit applicables au mariage en général et à l’obligation alimentaire entre conjoints en particulier. La *FLRA* a aboli l’unité de la personnalité juridique des conjoints et d’autres restrictions à la capacité des personnes mariées. L’égalité formelle entre les sexes a donc été établie. Des modifications ont été adoptées en 1976 en vue d’étendre la portée de la législation familiale. L’Assemblée législative a conclu que les couples de sexe différent qui cohabitent se trouvaient aussi à assumer le rôle social antérieurement joué presque exclusivement par les couples mariés. C’est en reconnaissance du fait que les couples de sexe différent qui cohabitent en venaient à servir d’équivalent fonctionnel au véritable mariage qu’on a d’abord étendu l’obligation alimentaire aux membres de ces couples.

Ces modifications, introduites dans la législation en 1978 (*Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, ch. 2), étendaient les obligations alimentaires aux membres des couples de sexe différent qui avaient cohabité de façon continue pendant au moins cinq ans ou, lorsqu’un enfant était issu de cette union, aux couples qui vivaient une [TRADUCTION] «relation d’une certaine permanence» (art. 14). Les modifications apportées en 1978 prévoyaient aussi la reconnaissance des contrats familiaux, ce qui devait permettre aux couples mariés et aux couples de sexe différent qui cohabitent sans être mariés de conclure de tels contrats pour régir les biens matrimoniaux et les obligations alimentaires plutôt que de s’en remettre au régime supplétif prévu par la *FLRA* elle-même. D’autres modifications apportées en 1986 (*Loi de 1986 sur le droit de la famille*, L.O. 1986, ch. 4, art. 29) ont réduit de cinq à trois ans la période de cohabitation requise pour l’application des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *FLRA*.

Je note en passant que le cadre législatif régissant l’obligation alimentaire entre conjoints varie considérablement d’une province à l’autre. Dans la plupart des provinces et dans les trois territoires, les membres des couples de sexe différent qui

174

175

176

of support obligations, although the precise definition varies, particularly with regard to the duration of cohabitation required to trigger the obligation: see *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1; *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F20, s. 4(3); *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, s. 112(3); *Family Law Act*, R.S.N. 1990, c. F-2, s. 35(c); *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 160, s. 2(m); *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, c. 12, ss. 1(g), 29; *Family Maintenance Act*, S.S. 1990-91, c. F-6.1, s. 2(1)(iii); *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 1; *Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, s. 29(1), as am. by S.C. 1998, c. 15, s. 4; *Family Property and Support Act*, R.S.Y. 1986, c. 63, s. 35.

cohabitent sont assujettis à l'obligation alimentaire, bien que la définition comme telle ne soit pas identique, notamment en ce qui concerne la durée de cohabitation requise pour faire naître l'obligation: voir *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 1; *Loi sur l'obligation alimentaire*, L.R.M. 1987, ch. F20, par. 4(3); *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, par. 112(3); *Family Law Act*, R.S.N. 1990, ch. F-2, al. 35c); *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 160, al. 2m); *Family Law Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 12, al. 1g), art. 29; *Family Maintenance Act*, S.S. 1990-91, ch. F-6.1, al. 2l(iii); *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 1; *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, ch. 28, par. 29(1), mod. L.C. 1998, ch. 15, art. 4; *Loi sur le patrimoine et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 1986, ch. 63, art. 35.

177 In Alberta and Quebec, by contrast, cohabiting opposite-sex couples are not within the scope of spousal support obligations. I note that the exclusion of cohabiting opposite-sex couples from the scope of the spousal support provisions of the Alberta *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, c. D-37, was recently challenged successfully in *Taylor v. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266 (Alta. C.A.), but the question of whether provincial legislatures are constitutionally barred from restricting access to the spousal support mechanism to married couples has not yet been addressed by this Court, and I will say nothing further about it here. I simply raise the point to emphasize that there is diversity amongst the approaches taken by the provincial and territorial legislatures as to their spousal support schemes, but a growing political recognition that cohabiting opposite-sex couples should be subject to the spousal support regime that applies to married couples because they have come to fill a similar social role, and, as I discuss below, they exhibit similar needs.

En Alberta et au Québec, en revanche, les couples de sexe différent qui cohabitent ne sont pas assujettis à l'obligation alimentaire entre conjoints. Je note qu'en Alberta, l'exclusion des couples de sexe différent qui cohabitent du champ d'application des dispositions de la *Domestic Relations Act*, R.S.A. 1980, ch. D-37, a récemment été contestée avec succès dans *Taylor c. Rossu* (1998), 161 D.L.R. (4th) 266 (C.A. Alb.), mais que la question de savoir si la Constitution interdit aux législateurs des provinces de restreindre aux couples mariés l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints n'a pas encore été examinée par notre Cour, et je ne dirai rien de plus sur cette question ici. Je mentionne ce point simplement pour souligner que les législateurs des provinces et des territoires ont adopté des approches diverses quant au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints, et aussi qu'il est de plus en plus admis sur le plan politique que les couples de sexe différent qui cohabitent devraient être assujettis au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints applicable aux couples mariés, parce qu'ils remplissent maintenant un rôle social similaire et, comme je l'explique plus loin, parce qu'ils ont des besoins similaires.

178 The *FLA* and the *FLRA* were high-profile pieces of legislation, and the extension of spousal support

La *LDF* et la *FLRA* ont beaucoup retenu l'attention et l'extension de l'obligation alimentaire entre

obligations to unmarried opposite-sex couples was the subject of extensive discussion and debate. Yet there is no evidence to indicate that the Legislative Assembly intended the *FLRA* or the *FLA* to extend spousal support obligations to members of same-sex couples. By contrast, where a province has intended to extend spousal support obligations to members of same-sex couples, it has done so by way of explicit language: see, e.g., *Family Relations Amendment Act, 1997*, S.B.C. 1997, c. 20, s. 1(c), and *Family Maintenance Enforcement Amendment Act, 1997*, S.B.C. 1997, c. 19, s. 1(d).

In the early 1990s, in anticipation of possible amendments to the *FLA*, the Ontario Law Reform Commission was requested to prepare a report addressing, among other concerns, this very issue. In its *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), the Commission indicated, at p. 3, that it was “more hesitant about making recommendations concerning same-sex couples” in respect of support obligations, and cautioned that “better information than the Commission now has before it concerning the attitudes and expectations of cohabiting same-sex couples would be a necessary foundation for any decision to ascribe rights and responsibilities under the *Family Law Act* to such couples”. In May and June 1994, the Legislative Assembly of Ontario contemplated extending the scope of s. 29 to include cohabiting same-sex couples. In the end, however, it declined to do so. Then Bill 167, the would-be *Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1994*, was defeated by a free vote on second reading on June 9, 1994.

The statutory regime developed since the 1970s to govern spousal support in Ontario is based on an appreciation of the need both to accord formal legal equality to women, and to take into account that formal legal equality would not immediately be reflected in women’s social and economic sta-

conjoints aux couples de sexe différent non mariés a fait l’objet de discussions et de débats approfondis. Rien ne prouve cependant que l’Assemblée législative ait voulu que la *LDF* et la *FLRA* aient pour effet d’étendre l’obligation alimentaire entre conjoints aux membres des couples de même sexe. Au contraire, lorsqu’une province a voulu étendre l’obligation alimentaire entre conjoints aux membres des couples de même sexe, elle l’a fait au moyen d’un texte explicite: voir, par exemple, *Family Relations Amendment Act, 1997*, S.B.C. 1997, ch. 20, al. 1c), et *Family Maintenance Enforcement Amendment Act, 1997*, S.B.C. 1997, ch. 19, al. 1d).

Au début des années 90, en prévision de possibles modifications à la *LDF*, on a demandé à la Commission de réforme du droit de l’Ontario de préparer un rapport portant, entre autres, sur cette question précise. Dans le *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* (1993), la Commission a indiqué, à la p. 3, qu’elle [TRADUCTION] «hésitait davantage à faire des recommandations au sujet des couples de même sexe» en matière d’obligations alimentaires et elle a fait la mise en garde suivante: [TRADUCTION] «il faudrait de meilleurs renseignements que ceux dont la Commission a obtenu communication sur les attitudes et les attentes des couples de même sexe qui cohabitent pour appuyer toute décision d’attribuer des droits et des responsabilités à ces couples en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*». En mai et juin 1994, l’Assemblée législative de l’Ontario a envisagé d’étendre la portée de l’art. 29 de manière à inclure les couples de même sexe qui cohabitent. Mais finalement, elle a refusé de le faire. Ce qui était le projet de loi 167 et devait devenir la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l’égalité* a été défait lors d’un vote libre en deuxième lecture le 9 juin 1994.

Le régime législatif élaboré depuis les années 70 pour régir l’obligation alimentaire entre conjoints en Ontario est fondé sur la reconnaissance de la nécessité d’accorder l’égalité juridique formelle aux femmes et de tenir compte du fait que cette égalité ne se reflétera pas immédiatement dans la

tus. The legislation, along with the legislative history, the work of the Ontario Law Reform Commission, and the social background, confirm that the Legislative Assembly was well aware of this situation. In enacting the spousal support provisions of the *FLRA*, and later the *FLA*, the Legislative Assembly was aware of the unhappy historical experience of women under the previous family law regime, and had the primary purpose of ameliorating the position of women who had become dependent upon their partners in both married and conjugal opposite-sex relationships.

Purpose of Section 29 of the *Family Law Act*

181

The primary purpose of the *FLA* is to recognize the social function specific to opposite-sex couples and their position as a fundamental unit in society, and to address the dynamic of dependence unique to men and women in opposite-sex relationships. This dynamic of dependence stems from this specific social function, the roles regularly taken by one member of that relationship, the biological reality of the relationship, and the pre-existing economic disadvantage that is usually, but not exclusively, suffered by women. This purpose is apparent from the text of the provision, the preamble to the legislation, and the legislative history of the provision.

182

In determining the purpose of legislation, the first step must be to look to the language of the legislative provision itself. The language of the impugned provision must be viewed in the context of the statute as a whole, not taken in isolation. Where the statutory language, in the context of the statute as a whole, is unclear or ambiguous, resort may then be had to other indicia of legislative intent, such as statements made in the legislature, to inform the court's understanding of the purpose of the statute. However, as this Court has cautioned on previous occasions, such indicia of legislative intent, though of assistance in some cases, must be treated with circumspection, given practical concerns as to their reliability, and more theo-

situation sociale et économique des femmes. La loi, de même que son historique, les travaux de la Commission de réforme du droit de l'Ontario et le contexte social confirment que l'Assemblée législative était bien au fait de cette situation. En adoptant les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *FLRA*, puis la *LDF*, l'Assemblée législative savait ce que les femmes avaient dû subir sous le régime du droit de la famille précédent et avait pour objet principal l'amélioration de la situation des femmes devenues dépendantes de leurs partenaires dans les unions conjugales entre personnes de sexe différent, mariées ou non.

L'objet de l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*

L'objet principal de la *LDF* est de reconnaître la fonction sociale particulière des couples de sexe différent ainsi que leur position de cellule fondamentale dans la société et de résoudre le problème de la dynamique de dépendance propre aux hommes et aux femmes formant de telles unions hétérosexuelles. Cette dynamique résulte de la fonction sociale particulière de ces couples, des rôles généralement assumés par l'un des membres de cette union, de la réalité biologique de l'union et du désavantage économique préexistant dont souffrent habituellement, mais non exclusivement, les femmes. Cet objet ressort du libellé de la disposition, du préambule de la loi et de l'historique législatif de la disposition.

Pour déterminer l'objet de la loi, il faut d'abord examiner le libellé de la disposition législative elle-même. Celui-ci doit être envisagé dans le contexte de l'ensemble de la loi, et non de façon isolée. Lorsque le libellé de la disposition, considéré dans le contexte de l'ensemble de la loi, n'est pas clair ou est ambigu, le tribunal peut se référer à d'autres indices de l'intention du législateur, telles les déclarations faites devant l'assemblée législative, pour mieux cerner l'objet de la loi. Cependant, comme notre Cour l'a déjà souligné, de tels indices de l'intention du législateur, bien qu'ils puissent être utiles dans certains cas, doivent être considérés avec circonspection, vu les préoccupations qu'ils suscitent en pratique quant à leur fiabi-

retical concerns regarding legislative sovereignty: see *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 787-88. Ultimately, the language of the statute itself is authoritative: it may be interpreted in the case of ambiguity by reference to extrinsic sources, but it is the statute, not the sources, which governs.

Applying these principles of statutory interpretation to the impugned legislation at issue in the present appeal, it is plain that the purpose of s. 29 of the *FLA* cannot be understood without reference to Part III more generally, and indeed, to the *FLA* as a whole. One must begin with the language of the statute itself. The language of s. 29 itself reveals little. Section 33(8) indicates the purpose of a support order, as a guideline for the courts:

33. . . .

- (8) An order for the support of a spouse should,
- (a) recognize the spouse's contribution to the relationship and the economic consequences of the relationship for the spouse;
  - (b) share the economic burden of child support equitably;
  - (c) make fair provision to assist the spouse to become able to contribute to his or her own support; and
  - (d) relieve financial hardship, if this has not been done by orders under Parts I (Family Property) and II (Matrimonial Home).

However, s. 33(8) really only outlines the factors to be taken into account in making an order: it does not explain why an order should be made in the first place. A proper analysis of the purpose of the *FLA* must also take into account the statute's preamble:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; and whereas in support of such recognition it is necessary to provide in law for the

lité et celles qu'ils suscitent sur un plan plus théorique en ce qui concerne la souveraineté législative: *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, aux pp. 787 et 788. En dernière analyse, le libellé de la loi elle-même fait autorité: on peut l'interpréter, en cas d'ambiguïté, en ayant recours à des sources extrinsèques, mais c'est la loi, et non les sources, qui est déterminante.

Il ressort clairement de l'application de ces principes d'interprétation des lois à la disposition législative contestée dans le présent pourvoi que l'on ne peut comprendre l'objet de l'art. 29 de la *LDF* sans se rapporter à la partie III de façon plus générale et, de fait, à la *LDF* dans son ensemble. Il faut d'abord analyser le libellé de la loi. Le libellé de l'art. 29 lui-même ne révèle pas grand-chose. Le paragraphe 33(8) décrit l'objet d'une ordonnance alimentaire à l'intention des tribunaux:

33. . . .

- (8) L'ordonnance alimentaire à l'égard d'un conjoint devrait:
- a) reconnaître l'apport du conjoint à l'union et les conséquences économiques de l'union pour le conjoint;
  - b) distribuer équitablement le fardeau économique que représentent les aliments à fournir à un enfant;
  - c) comprendre des dispositions équitables en vue d'aider le conjoint à devenir capable de subvenir à ses propres besoins;
  - d) alléger les difficultés financières, si les ordonnances rendues en vertu de la partie I (Biens familiaux) et de la partie II (Foyer conjugal) ne l'ont pas fait.

Cependant, en réalité, le par. 33(8) ne fait qu'énumérer les facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte en rendant une ordonnance: il n'explique pas pourquoi l'ordonnance doit être rendue. Une analyse convenable de l'objet de la *LDF* doit également tenir compte de son préambule:

Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des con-joints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le

orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership, and to provide for other mutual obligations in family relationships, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children; [Emphasis added.]

règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales; [Je souligne.]

185 Of course, in determining the purpose of a statute, the courts are not necessarily bound by the language of a preamble. Nevertheless, it must be recognized that the preamble is a valid indicator of the legislative intent animating the statute, and this Court has long held that the preamble to a statute may provide clues as to legislative intent: *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 94; *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 1 S.C.R. 699; *Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife*, [1977] 2 S.C.R. 729, at p. 734. Indeed, the *Interpretation Act*, R.S.O. 1990, c. I.11, s. 8, specifically provides that "[t]he preamble of an Act shall be deemed a part thereof and is intended to assist in explaining the purport and object of the Act". Moreover, in the province of Ontario, relatively few statutes contain a preamble. This may be taken as evidence that where the legislature does choose to make use of a preamble, the language contained therein should not be dismissed as mere hortatory boilerplate, but rather should receive the Court's careful consideration.

Bien entendu, en déterminant l'objet d'une loi, les tribunaux ne sont pas nécessairement liés par le libellé de son préambule. Néanmoins, il faut reconnaître que le préambule constitue un indicateur valable de l'intention qu'avait le législateur en adoptant la loi, et notre Cour a jugé depuis longtemps que le préambule d'une loi peut fournir des indices de l'intention du législateur: *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 94; *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée*, [1981] 1 R.C.S. 699; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729, à la p. 734. En fait, l'art. 8 de la *Loi d'interprétation*, L.R.O. 1990, ch. I.11, prévoit expressément que «[l]e préambule de la loi est réputé en faire partie et sert à en expliquer l'objet». En outre, relativement peu de lois ontariennes contiennent un préambule. On peut en conclure que lorsque le législateur décide de rédiger un préambule, le libellé de ce dernier ne doit pas être considéré comme une simple exhortation, mais doit plutôt être soigneusement pris en compte par la Cour.

186 Certainly, resort to the plain language of the statute may be insufficient to determine its purpose. The courts may then have resort to other extrinsic evidence of legislative intent. However, this does not mean that the courts may simply accept a purported purpose which sounds acceptable. The type of extrinsic evidence that may properly be considered is relatively narrow in scope. Legislative history is an acceptable source, although as indicated above, it must be viewed with caution.

Il se peut certainement qu'il soit insuffisant de se référer au seul libellé de la loi pour en déterminer l'objet. Dans ce cas, les tribunaux peuvent avoir recours à d'autres éléments de preuve extrinsèque établissant l'intention du législateur. Cependant, cela ne veut pas dire qu'ils peuvent simplement imputer un objet qui paraît acceptable. Le type d'éléments de preuve extrinsèque pouvant être considérés à bon droit est relativement restreint. L'historique de la loi est une source acceptable bien que, comme nous l'avons vu plus haut, elle doive être examinée avec prudence.

187 I turn, then, to the legislative history of Part III of the *FLA*. In introducing the *FLRA* in 1976, the then Attorney General, the Hon. Roy McMurtry,

J'aborde maintenant l'historique de la partie III de la *LDF*. En présentant la *FLRA* en 1976, le procureur général de l'époque, l'honorable

explained the “limited obligation” of one common law spouse to support the other. He stated:

Where two persons have lived together as if married, their relationship often takes on the same financial characteristics as a marriage. One person frequently becomes dependent on the other, especially if there is a child of the union. If one of these two people is no longer self-sufficient, it seems reasonable to look to the other to assist in restoring him or her to financial independence. Certainly, it is more desirable to place a support obligation on common law spouses than to have a large number of persons who are living common law looking to public welfare for support instead. [Emphasis added.]

(*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103).

One cannot read this passage without being struck by two observations. The first is the obvious intention of the Attorney General that the motive underlying the extension of support obligations to include unmarried cohabiting opposite-sex couples was premised on the social reality that such relationships often exhibit a dynamic of dependence, and that this dynamic of dependence usually arises because the couple has children and the mother is the primary caregiver. The second observation is that the legislation was not aimed at “need” abstractly defined, or need generated by “interdependence”. Instead, the legislation addressed the specific need arising when an individual (typically a woman) cohabits in an opposite-sex relationship, and relying upon the expectation of continued and future support from her partner, foregoes existing employment prospects that rendered her self-sufficient before entering into the relationship, and new ones that arise during the relationship. The above-quoted passage makes specific reference to a party who is “no longer self-sufficient” (emphasis added), implying that she once was, and indicates that the obligation being imposed on the other party is one of “restoring” her to her previous state

Roy McMurtry, a expliqué l’«obligation limitée» du conjoint de fait de fournir des aliments à l’autre. Il a dit:

[TRADUCTION] Lorsque deux personnes vivent ensemble comme si elles étaient mariées, souvent leur union revêt les mêmes caractéristiques que le mariage sur le plan financier. Il arrive fréquemment que l’un des membres du couple devienne dépendant de l’autre, surtout si un enfant est issu de l’union. Lorsque l’une de ces deux personnes ne parvient plus à subvenir elle-même à ses besoins, il semble raisonnable qu’elle demande à l’autre de l’aider à recouvrer son indépendance financière. Il est certainement plus souhaitable d’assujettir les conjoints de fait à une obligation alimentaire réciproque que de voir un grand nombre de personnes vivant en union de fait compter sur l’aide sociale pour subvenir à leurs besoins. [Je souligne.]

(*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103).

À la lecture de cet extrait, deux remarques viennent immédiatement à l’esprit. La première a trait à l’intention manifeste du procureur général de faire reposer l’extension de l’obligation alimentaire aux couples de sexe différent non mariés qui cohabitent sur la prise en compte de la réalité sociale qui veut que de telles unions engendrent souvent une dynamique de dépendance habituellement attribuable à la présence d’enfants et au fait que c’est la mère qui s’en occupe principalement. La seconde remarque est que la loi ne visait pas à répondre à un «besoin» défini de façon abstraite ni à un besoin né de l’«interdépendance». Elle visait plutôt à répondre au besoin spécifique de la personne (habituellement une femme) qui forme une union avec une personne de sexe différent avec laquelle elle cohabite et qui renonce, parce qu’elle s’attend à ce que son partenaire lui fournisse des aliments de façon continue à l’avenir, aux possibilités d’emploi qui, avant le début de l’union, lui permettaient de subvenir elle-même à ses besoins, ainsi qu’aux nouvelles possibilités d’emploi qui s’offrent à elle au cours de l’union. L’extrait précité renvoie expressément à la partie qui «ne parvient plus à subvenir elle-même à ses besoins» (je souligne), ce qui laisse entendre qu’elle y parvenait autrefois, et montre que l’obligation imposée à l’autre partie consiste à l’aider à «recouvrer»

of self-sufficiency which was eroded by the relationship.

189 On second reading, the Attorney General responded to concerns that had been expressed to him that the proposed legislation was overinclusive, in the sense that it would apply to unmarried cohabiting opposite-sex couples who had entered into relationships “with no strings attached” — that is, in the expectation that no support obligations would be imposed on them — or that they would be otherwise adversely affected. The Attorney General stated that:

These are the very people who will be unaffected by this legislation because they do not form a financial dependency on each other. That is the very essence of their “no strings attached” relationship. If there is no financial dependency, there will be no need for support by the other party and there will not be a successful claim for support.

By contrast, however, there are many people living together in such relationships who are being exploited by their partner[s]. They have been induced to enter into the relationship and to stay home and raise the children arising from the union, or children of another union, and have thus been put in a position of total dependency on the person as a result of being out of the labour market for a lengthy period of time. Many of these people are later abandoned and, under the present law, they have nowhere to turn but to the welfare authorities for support.

This is not a small problem. For example, in September of this year, the government of Ontario has paid out family benefits to over 13,000 unmarried mothers and their 26,000 dependent children, totalling over \$3.5 million for that month alone.

(*Legislature of Ontario Debates*, November 18, 1976, at p. 4793).

190 In essence, then, the Attorney General acknowledged that the legislation was, to a certain degree, overinclusive, in that even those individuals in unmarried opposite-sex couples who had not become dependent upon their partners were included within its scope. He explained this over-inclusion on the basis that an order would only actually be made where dependency was demon-

l'indépendance financière que l'union a fait disparaître progressivement.

En deuxième lecture, le procureur général a répondu aux inquiétudes dont lui ont fait part ceux qui craignaient que la mesure législative proposée n'ait une portée trop large parce qu'elle s'appliquerait à des couples de sexe différent non mariés qui cohabitent et ont, à l'origine, formé une union «ne les engageant à rien» — c'est-à-dire, en s'attendant à ne faire l'objet d'aucune obligation alimentaire ni d'aucune autre incidence défavorable. Le procureur général a dit:

[TRADUCTION] Il s'agit précisément des personnes qui ne seront pas touchées par la présente loi vu qu'elles ne dépendent pas l'une de l'autre sur le plan financier. Il s'agit de l'essence même de leur union «ne les engageant à rien». En l'absence de dépendance financière, aucune des parties ne sera tenue de fournir des aliments à l'autre et aucune demande d'aliments ne sera accueillie.

Par contraste, cependant, de nombreuses personnes qui vivent ensemble au sein d'une telle union se font exploiter par leur[s] partenaire[s]. Elles ont été incitées à former une union et à rester au foyer pour élever les enfants issus de l'union ou ceux nés d'une autre union. Elles se trouvent ainsi à dépendre entièrement de l'autre du fait qu'elles ont quitté le marché du travail pendant une longue période. Bon nombre sont plus tard abandonnées et, vu l'état actuel du droit, il ne leur reste qu'à s'adresser à l'aide sociale.

Il s'agit d'un problème d'envergure. Par exemple, pour le seul mois de septembre cette année, le gouvernement de l'Ontario a versé des prestations familiales totalisant plus de 3,5 millions de dollars à plus de 13 000 mères non mariées et aux 26 000 enfants à leur charge.

(*Legislature of Ontario Debates*, 18 novembre 1976, à la p. 4793).

Le procureur général a donc essentiellement reconnu que la loi avait, dans une certaine mesure, une portée trop large en ce sens que même les personnes non mariées formant un couple de sexe différent qui n'étaient pas devenues dépendantes de leur partenaire étaient visées par la loi. Il a expliqué cette portée excessive de la loi en disant que dans les faits, une ordonnance ne serait rendue

strated. Those who truly did live in a “no strings attached” relationship would have no new obligations imposed upon them. However, the Attorney General’s position was that the very nature of cohabiting opposite-sex relationships meant that they had in fact generated an appreciable degree of dependency in a significant number of individuals. Strings may, in fact, have become attached even where the parties did not originally intend that this should be so.

This passage provides further evidence that the focus of the legislation was to ameliorate the condition of persons, the vast majority of whom were (and are) women, who had become dependent upon their spouses, commonly, though not exclusively, as a result of the mutual decision to raise children. This legislative history, when combined with the historical survey set out above, and the text of the legislation itself, leaves one in no doubt as to the purpose of the *FLA* in general, and of the spousal support provisions in particular.

Having established the legislative purpose, the Court must scrutinize the purpose of the impugned provision to ensure that it is not itself discriminatory: *Law, supra*, at para. 80. We must thus take seriously the respondent M.’s suggestion that the real purpose of the exclusion is discrimination itself. A legislative purpose may be discriminatory because that was the intention of the legislature. Here, I see no evidence that the exclusion of same-sex couples (or indeed, any other couples or groups) from the scope of s. 29 of the *FLA* is motivated by animus toward gays or lesbians. All the respondent M. can point to is the Legislative Assembly’s adherence to the existing definition. Yet that contention does not assist the respondent M. Merely asserting that something is discriminatory or stereotypical is insufficient: *Law, supra*, at para. 59. Even if it was not intended to be discriminatory, the legislative purpose can still objectively be shown to be discriminatory. To demonstrate that a legislative purpose is objectively discriminatory, we must assess the claim in light of all of the

que si l’existence d’un rapport de dépendance était établie. Les personnes ayant vraiment formé une union «ne les engageant à rien» ne seraient assujetties à aucune nouvelle obligation. Cependant, le procureur général était d’avis que de par leur nature les unions entre personnes de sexe différent qui cohabitent engendrent, en fait, un degré élevé de dépendance chez un nombre important de personnes. De telles unions peuvent engager les partenaires même si, au départ, cela n’a pas été leur intention.

Ce passage apporte une preuve de plus que la loi visait à améliorer la situation de personnes, dont la grande majorité étaient (et sont) des femmes, devenues dépendantes de leur conjoint, habituellement, bien que pas exclusivement, à la suite de la décision prise d’un commun accord d’avoir des enfants. Cet historique de la loi, considéré à la lumière du rappel historique qui précède et du libellé de la loi elle-même, ne laisse subsister aucun doute quant à l’objet de la *LDF*, en général, et à celui des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints, en particulier.

Ayant établi l’objet législatif, notre Cour doit examiner l’objet de la disposition contestée pour s’assurer qu’il n’est pas lui-même discriminatoire: *Law*, précité, au par. 80. Il faut donc prendre au sérieux l’affirmation de l’intimée M. selon laquelle le véritable objet de l’exclusion est la discrimination elle-même. L’objet législatif peut être discriminatoire parce que telle était l’intention du législateur. En l’espèce, aucun élément de preuve n’établit que l’exclusion des couples de même sexe (ou, en fait, d’autres couples ou groupes) du champ d’application de l’art. 29 de la *LDF* soit motivée par une quelconque animosité à l’égard des gais et des lesbiennes. Le seul argument que l’intimée M. peut invoquer est que l’Assemblée législative a maintenu la définition qui existait. Néanmoins, cela n’est d’aucun secours à l’intimée M. Il ne suffit pas simplement d’affirmer que quelque chose est discriminatoire ou stéréotypé: *Law*, précité, au par. 59. Même si telle n’était pas l’intention du législateur, on peut démontrer objectivement que l’objet de la loi est discriminatoire. Pour démontrer

191

192

contextual factors set out in *Law*. I return to this second aspect later in these reasons.

### Competing Views on the *Family Law Act*

193 Before considering whether s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1) of the *Charter*, I wish to address the competing views on the purpose of the *FLA*. My colleagues have chosen to consider the purpose of the *FLA* only as part of their s. 1 analysis. Yet, as I explained in para. 162 above, identifying the purpose of the legislation under consideration is essential both to establishing the appropriate comparison group and to assessing the contextual factors at the third stage of the *Law* analysis. It is certainly not a task confined to s. 1. My primary objection to my colleagues' analysis is that they do not provide a coherent account of the purpose of the impugned legislation.

194 My colleague Iacobucci J. states that he does not "dispute the claim that economically dependent heterosexual women and children are well served by the spousal support provisions in Part III of the *FLA*", but he takes the view (at para. 87) that

there is insufficient evidence to demonstrate that the protection of these groups informs the fundamental legislative objectives behind this part of the Act. In fact, with respect to Bastarache J., it seems to me that the legislative history and the terms of the provisions themselves contradict the appellant's assertions.

For the reasons given above, I do not agree.

195 With respect, my colleagues attribute a purpose to the impugned provision, and the *FLA* as a whole, that it does not bear. Rather than analyze the *FLA* itself, Iacobucci J., like the majority of the Court of Appeal below, ascribes to the impugned legislation a purpose that bears little relation to the actual statute, its structure, or its history. It comes as no surprise that, having ascribed to the *FLA* a purpose that its language does not bear, my

que l'objet législatif est objectivement discriminatoire, il faut évaluer cette allégation à la lumière de l'ensemble des facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law*. Je reviens à ce second aspect plus loin.

### Les opinions divergentes quant à la *Loi sur le droit de la famille*

Avant d'examiner si l'art. 29 de la *LDF* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, je désire aborder les opinions divergentes sur l'objet de la *LDF*. Mes collègues ont choisi de tenir compte de l'objet de la *LDF* seulement dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Pourtant, comme je l'ai expliqué au par. 162 ci-dessus, déterminer l'objet de la loi en cause est essentiel tant pour établir le groupe de comparaison approprié que pour évaluer les facteurs contextuels à la troisième étape de l'analyse exposée dans *Law*. Ce n'est certainement pas une tâche limitée au cadre de l'article premier. Ma principale objection à l'analyse faite par mes collègues est un manque de cohérence dans leur exposé de l'objet de la loi contestée.

Mon collègue le juge Iacobucci écrit qu'il ne «conteste pas que les femmes hétérosexuelles financièrement dépendantes et les enfants soient bien servis par les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF*», mais selon lui (au par. 87)

on n'est pas parvenu à faire la preuve que la protection de ces groupes soit à la base des objectifs fondamentaux de cette partie de la Loi. En fait, avec égards pour le juge Bastarache, il me semble que l'historique de la loi et le libellé des dispositions elles-mêmes contredisent les affirmations de l'appelant.

Pour les motifs exposés précédemment, je ne suis pas d'accord.

Avec égards, mes collègues attribuent à la disposition contestée et à la *LDF* considérée dans son ensemble un objet qu'elles n'ont pas. Au lieu d'analyser la *LDF* elle-même, le juge Iacobucci, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, reconnaît à la disposition législative contestée un objet qui a peu de rapport avec la loi elle-même, sa structure ou son historique. Il n'est pas étonnant qu'après avoir attribué à la *LDF* un objet non

colleague then strikes down the legislation for failing to fulfil a purpose never intended by the Legislative Assembly. Given that my colleague's analysis depends upon the purpose so chosen, my view is that his failure to determine the true purpose of the *FLA* fatally undermines that analysis.

Iacobucci J., following the majority in the Court of Appeal below, relies upon a definition of the purpose of the impugned legislation that bears but a tangential relationship to the text of the *FLA* or its history. My colleague derives the purpose from the Ontario Law Reform Commission's *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, *supra*, at pp. 43-44:

The purpose of the *Family Law Act* is to provide for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down (Parts I-IV). As well, it ensures that family members have a means to seek redress when an immediate relative is injured or killed through the negligence of a third party (Part V).

The purpose attributed to the *FLA* in this passage is not necessarily inconsistent with the actual purpose of the *FLA*. However, I must emphasize that if mere consistency were the sole test, nothing would prevent the courts from inventing a supposed legislative purpose. This would be radical in theory, highly undesirable in practice, and conducive to indeterminacy in its consequences. Many supposed purposes are conceivably consistent with the purpose of the *FLA*. That does not, however, transform them into the purpose(s) of the *FLA*. To take but one example, the phrase "intimate relationship" nowhere appears in the *FLA*. This Court rejected the doctrine of shifting purpose in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 334-35, confirming that a law's purpose is set on its enactment, and cannot be subsequently altered other than by amendment.

Iacobucci J., himself relying upon certain legislative history, contends that the references in the *FLA*'s preamble to the goal of encouraging and

justifié par son libellé, mon collègue ait annulé la disposition législative pour le motif qu'elle ne permet pas de réaliser un objet que l'Assemblée législative n'a jamais visé. Puisque l'analyse de mon collègue dépend de l'objet qu'il attribue à la loi, j'estime que le fait de ne pas avoir déterminé le véritable objet de la *LDF* entache irrémédiablement son analyse.

Le juge Iacobucci, comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, se fonde sur une définition de l'objet de la loi contestée qui n'a qu'un lien tangentiel avec le libellé de la *LDF* ou son historique. Mon collègue a puisé l'objet sur lequel il se fonde dans le *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, *op. cit.*, aux pp. 43 et 44:

[TRADUCTION] La *Loi sur le droit de la famille* vise le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes financièrement interdépendantes (parties I à IV). De même, elle garantit que les membres de la famille ont un recours en réparation lorsqu'un proche parent est blessé ou tué par suite de la négligence d'un tiers (partie V).

L'objet attribué à la *LDF* dans cet extrait n'est pas nécessairement incompatible avec son objet véritable. Cependant, je dois souligner que si le seul critère devait être celui de la compatibilité, rien n'empêcherait les tribunaux d'inventer un objet législatif présumé. Cela serait radical sur le plan théorique, très peu souhaitable sur le plan pratique et cela aurait pour conséquence de mener à l'incertitude. On peut concevoir bon nombre d'objets présumés qui sont compatibles avec l'objet de la *LDF*, mais cela n'en fait pas pour autant le ou les objet(s) de celle-ci. Pour ne prendre qu'un exemple, l'expression «union intime» ne figure nulle part dans la *LDF*. Notre Cour a rejeté la théorie de l'objet changeant dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 334 et 335, confirmant que l'objet d'une loi est fixé au moment de son adoption et que l'on ne peut le changer par la suite qu'en modifiant la loi.

Le juge Iacobucci, se fondant lui-même sur l'historique de certaines lois, affirme, au par. 84, que l'allusion faite dans le préambule de la *LDF* à

196

197

198

strengthening the role of the family have no application to the present appeal because “the legislation is actually intended to deal with the breakup of the family” (emphasis added) (para. 84). With respect, I do not agree. To begin, the support obligation addressed in Part III of the *FLA* does not arise solely upon the breakdown of a relationship. To the contrary, that obligation is fundamental throughout the course of a marriage or common law relationship. In practice, few cases may involve applications for support during the subsistence of a relationship, but that does not affect the general proposition that the obligation of spousal support exists throughout the relationship, and is not merely an incident of its breakdown.

l’objectif visant à encourager et asseoir le rôle de la famille ne s’applique pas en l’espèce vu que «le texte législatif vise en fait la rupture de la famille» (je souligne). Avec égards, je ne suis pas d’accord. D’abord, l’obligation alimentaire dont traite la partie III de la *LDF* ne naît pas seulement lors de la rupture de l’union. Au contraire, il s’agit d’une obligation fondamentale pendant toute la durée du mariage ou de l’union de fait. En pratique, les requêtes alimentaires peuvent être peu fréquentes pendant la durée de l’union, mais cela ne dément pas la proposition générale selon laquelle l’obligation alimentaire entre conjoints existe pendant toute la durée de l’union et n’est pas une simple conséquence de sa rupture.

199

Second, I am not persuaded that the legislative provisions creating a spousal support obligation that may be invoked during or upon the breakdown of a conjugal relationship cannot be said to encourage and strengthen the role of the family, in accordance with the language of the preamble to the *FLA*. Surely an individual contemplating marriage or a spousal relationship would be encouraged, rather than discouraged, from entering such a relationship by the knowledge that should the relationship break down in the future, he or she would be able to rely upon an efficient mechanism to provide him or her with support from his or her partner in the event that the individual had become dependent on his or her partner during the course of the relationship. One is not discouraged from a sea voyage by the presence of lifeboats on board. Consequently, I do not accept that this argument has any merit.

Deuxièmement, je ne suis pas convaincu que l’on ne puisse affirmer que les dispositions législatives qui créent une obligation alimentaire entre conjoints susceptible d’être invoquée au cours d’une union ou à la rupture de celle-ci encouragent et consolident le rôle de la famille, conformément au libellé du préambule de la *LDF*. La personne qui songe à se marier ou à vivre en union de fait serait sans aucun doute encouragée à former une telle union, plutôt que dissuadée de le faire, si elle sait qu’en cas de rupture, elle pourra avoir recours à un mécanisme efficace pour obtenir des aliments de son partenaire, dans l’éventualité où elle deviendrait dépendante de celui-ci au cours de l’union. On n’est pas dissuadé d’entreprendre un voyage en mer par la présence de canots de sauvetage à bord. En conséquence, j’estime que cet argument est dénué de fondement.

200

Iacobucci J. also suggests that the gender-neutral language of the spousal support provisions of the *FLA* weighs in favour of the view that the purpose of those provisions was to address economic dependency more generally. I do not agree. First, as a general proposition, I doubt that the use of gender-neutral language in legislation necessarily manifests such an attitude. The statute books are full of examples of legislation which, though framed in gender-neutral language, are intended as a practical matter to apply in the vast majority of cases to one gender. Second, in the particular

Le juge Iacobucci laisse également entendre que le libellé des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*, qui ne fait pas de distinction de genre, étaye le point de vue voulant que ces dispositions visaient la dépendance économique de façon plus générale. Je ne suis pas d’accord. Premièrement, de manière générale, je doute que l’utilisation par le législateur d’un libellé sans distinction de genre reflète nécessairement une telle attitude. Les recueils de lois regorgent d’exemples de textes législatifs qui, bien que rédigés dans une langue n’établissant pas de

circumstances of this appeal, the use of gender-neutral language in the impugned legislation cannot be advanced as evidence that the purpose of the legislation was to address dependency generally, rather than, as I believe, to address (primarily, at least) the particular dynamic of dependence unique to certain heterosexual relationships, which has particular effects for women cohabiting in opposite-sex relationships. I concur with Bastarache J. (para. 342) that the use of gender-neutral language in the *FLA* provides no support for the implication that the purpose of the *FLA*'s spousal support provisions was to address "interdependence" unrelated to the social reality of the relationship. This Court specifically rejected such a theory in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 874, and I can see no reason why it should be exhumed here.

It is beyond dispute that at the time the 1978 amendments to the *FLRA* were enacted, the overwhelming majority of spouses claiming support were women. The same would likely be true today, although due to the relative improvement of the economic status of women as compared to men, I expect that the number of claims made by men against women will since have increased both in relative and in absolute terms. Nonetheless, even today, the vast majority of claims made under Part III of the *FLA* are made by women against men. When the 1978 amendments to the *FLRA* were first introduced, the tenor of the times favoured gender-neutral language. The Legislative Assembly recognized that in rare cases, a man might be able to make out a claim against a woman. However, it expected that the vast majority of claimants would be women. To argue that the use of gender-neutral language in the *FLA* manifests an intention on the part of the legislature to ignore historical and social fact is entirely unsubstantiated. It would be a strange triumph of form over substance. Iacobucci J. argues that "[i]n the face of this

distinction de genre, visent en fait dans la grande majorité des cas des personnes d'un sexe particulier. Deuxièmement, dans les circonstances particulières du présent pourvoi, l'utilisation d'un libellé sans distinction de genre dans la loi contestée ne peut être invoquée pour prouver que cette dernière avait pour objet la dépendance économique de façon générale, au lieu de viser, comme je le crois (de façon principale à tout le moins), la dynamique de dépendance propre à certaines unions hétérosexuelles, qui a des effets particuliers sur les femmes qui forment une union et cohabitent avec une personne de sexe différent. Je suis d'accord avec le juge Bastarache qui écrit, au par. 342, que l'utilisation, dans la *LDF*, d'un libellé n'établissant aucune distinction fondée sur le sexe ne permet nullement de conclure que les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* avaient pour objet l'«interdépendance» sans égard à la réalité sociale de l'union. Notre Cour a expressément rejeté une telle théorie dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 874, et je ne vois aucune raison de l'exhumer dans la présente affaire.

Il ne fait aucun doute qu'au moment de l'adoption des modifications apportées en 1978 à la *FLRA*, la très grande majorité des conjoints qui présentaient des demandes d'aliments étaient des femmes. On pourrait probablement en dire autant aujourd'hui, bien qu'en raison de l'amélioration relative de la situation économique des femmes comparativement à celle des hommes, je m'attendrais à ce que le nombre de demandes présentées par des hommes contre des femmes ait augmenté depuis, tant en chiffres relatifs qu'en chiffres absolus. Néanmoins, même de nos jours, la grande majorité des demandes fondées sur la partie III de la *LDF* sont présentées par des femmes et dirigées contre des hommes. Lors de la présentation des modifications apportées en 1978 à la *FLRA*, la tendance était à l'adoption d'un libellé n'établissant aucune distinction fondée sur le sexe. L'Assemblée législative a reconnu que dans de rares cas, il se pourrait qu'un homme puisse arriver à établir le bien-fondé d'une demande dirigée contre une femme. Cependant, elle s'attendait à ce que la grande majorité des demandeurs soient des

clearly gender-neutral scheme, the fact that a significant majority of the spousal support claimants are women does not . . . establish that the goal of Part III of the *FLA* is to address the special needs of women in opposite-sex relationships” (para. 91). See also the reasons of Cory J., at para. 54. In response, it must be observed that even in the small number of cases in which men make claims against their female spouses, those claims are still claims arising out of opposite-sex relationships, which generate their own dynamic of dependence regardless of who is making a claim.

femmes. L’argument selon lequel l’emploi d’un libellé sans distinction de genre dans la *LDF* démontre l’intention du législateur de passer sous silence des faits historiques et sociaux est dénué de tout fondement. Ce serait un étrange triomphe de la forme sur le fond. Le juge Iacobucci soutient, au par. 91, que «[v]u l’absence manifeste de distinction fondée sur le sexe dans ce régime, le fait que les femmes représentent une importante majorité des demandeurs d’aliments n’établit pas [. . .] que le but de la partie III de la *LDF* est de répondre aux besoins particuliers des femmes qui forment une union avec une personne de sexe différent». Voir également les motifs du juge Cory, au par. 54. En réponse, nous constatons que même dans le petit nombre de cas où ce sont des hommes qui demandent des aliments à leur conjointe, il reste que ce sont des demandes résultant de la formation d’unions entre personnes de sexe différent qui génèrent leur propre dynamique de dépendance, peu importe quel conjoint présente la demande.

202

In this appeal, the Attorney General has submitted that the purpose of the spousal support provisions of the *FLA* is to remedy the systemic sexual inequality associated with opposite-sex relationships, including the economic dependence of women on men arising from the fact that women usually assume primary responsibility for parenting, and from gender-based inequalities in earning power and labour force participation. A review of the *FLA* provisions, properly interpreted, reveals that this is their purpose. Indeed, as our Court recognized in *Moge, supra*, at pp. 849-50, family law legislation such as the *FLA*, though facially gender-neutral in its provisions, is, as a practical matter, generally (though not exclusively) invoked by women upon the breakdown of a marriage. This Court also recognized that “[w]omen have tended to suffer economic disadvantages and hardships from marriage or its breakdown because of the traditional division of labour within that institution” (*Moge*, at p. 861). The Court went on to observe, at p. 867, that “[t]he most significant economic consequence of marriage or marriage breakdown, however, usually arises from the birth of children”. Moreover, the Court considered, at p. 869, that “[i]t is important to note that families

Dans le présent pourvoi, le procureur général soutient que l’objet des dispositions relatives à l’obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF* est de corriger l’inégalité systémique des sexes constatée dans les unions entre personnes de sexe différent, notamment la dépendance économique des femmes envers les hommes en raison du fait que celles-ci assument la plus grande partie des responsabilités liées à l’éducation des enfants et des inégalités de rémunération et de la participation au marché du travail fondées sur le sexe. Il ressort d’une juste interprétation des dispositions de la *LDF* qu’il s’agit là de leur objet. En effet, comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Moge*, précité, aux pp. 849 et 850, la législation en matière familiale telle la *LDF*, bien qu’elle n’établisse apparemment aucune distinction fondée sur le sexe, est, en pratique, généralement (bien que non exclusivement) invoquée par des femmes à la suite de l’échec du mariage. Notre Cour a également reconnu que «[l]es femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu’on y retrouve» (*Moge*, à la p. 861). La Cour note, à la p. 867, que «[t]outefois, la conséquence économique la plus

need not fall strictly within a particular marriage model in order for one spouse to suffer disadvantages. For example, even in childless marriages, couples may also decide that one spouse will remain at home.” It will be seen that this is a gendered assumption, and so may occur even when there are no children.

A further argument advanced by my colleague is that one of the purposes of Part III of the *FLA* is to reduce provincial expenditures on social assistance, by relieving the province of the burden if a partner were to seek recourse to social assistance. That such a purpose is reflected in the legislation is undoubted, and there are certainly instances of support for such a view in the legislative history (e.g. *Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103). It is of interest that dower, the old life interest held by a widow in her deceased husband’s estate, itself a form of maintenance obligation extending even beyond the death of the husband, was justified in part as a means to “prevent poorer widows from becoming a public liability”: Chambers, *supra*, at p. 19. Nevertheless, reducing expenditures on social assistance is not an overriding concern and cannot be pushed too far. What legislative scheme is not extolled by its proponents as saving money for the public purse, or operating existing benefit schemes more efficiently? The legislative history suggests that imposition of a support obligation upon unmarried spouses was seen primarily as a mechanism to encourage unmarried couples to marry: *Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103. Fiscal considerations were decidedly secondary. Indeed, that purpose has, to a considerable degree, been achieved: Ontario Law Reform Commission, *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, *supra*, at p. 6.

importante du mariage ou de son échec découle habituellement de la naissance d’enfants». En outre, la Cour considère, à la p. 869, qu’«[i]l est important de noter qu’il n’est pas nécessaire que les familles correspondent strictement à un modèle de mariage particulier pour qu’un conjoint subisse certains inconvénients. Il se peut, par exemple, que même des couples sans enfant décident que l’un des conjoints demeurera au foyer.» On voit qu’il s’agit d’une présomption fondée sur le sexe et donc, elle peut jouer même en l’absence d’enfants.

Mon collègue fait valoir en outre que l’un des objets de la partie III de la *LDF* est de réduire les sommes que la province doit consacrer à l’aide sociale, en déchargeant cette dernière du fardeau qu’elle doit assumer si l’un des conjoints décide de recourir à l’aide sociale. Il ne fait aucun doute qu’un tel objet se reflète dans la loi, et l’historique de celle-ci révèle certainement que des voix se sont élevées pour appuyer ce point de vue (voir, par exemple, *Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103). Il est intéressant de noter que le douaire, cet ancien droit viager de l’épouse survivante sur les biens de son mari, qui constitue lui-même une certaine forme d’obligation alimentaire qui perdure même après le décès du mari, était justifié en partie par l’idée qu’il s’agissait d’une mesure destinée à [TRADUCTION] «empêcher les veuves les plus démunies de tomber à la charge de l’État»: Chambers, *op. cit.*, à la p. 19. Néanmoins, la réduction des sommes devant être consacrées à l’aide sociale ne constitue pas une considération prédominante, et on ne doit pas y accorder une importance trop grande. Quel régime législatif n’est pas loué par ses partisans parce qu’il permet d’économiser des fonds publics ou d’assurer plus efficacement l’application d’un régime de prestations déjà en vigueur? Il ressort de l’historique de la loi que l’imposition d’une obligation alimentaire aux conjoints non mariés était principalement considérée comme un mécanisme visant à encourager les conjoints de fait à se marier: *Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103. Les considérations fiscales étaient certes secondaires. En fait, cet objectif a, dans une large mesure, été atteint: Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act*, *op. cit.*, à la p. 6.

204 In conclusion, Iacobucci J. denies that the purpose of the *FLA* more broadly, and Part III in particular, is to address the dynamic of dependence unique to cohabiting opposite-sex couples, and to remedy the disadvantages suffered by women in opposite-sex relationships (at para. 103) as well as to ensure the protection of children (at para. 104). I cannot agree. In my opinion, the text of the legislation, the preamble, and the legislative history inescapably lead to the conclusion that such is its very purpose.

205 My colleague Bastarache J. describes the purpose of the *FLA* in various ways. One purpose is a desire to impose support obligations upon “partners in relationships in which they have consciously signalled a desire to be so bound”, where those relationships possess a level of “permanence and seriousness”, where one of the partners assumes a degree of household responsibilities, or other sacrifices for the common benefit of the couple, and which cause or enhance an economic disparity between the partners (at para. 347). A second purpose ascribed to the legislation is to ensure “a greater degree of autonomy and equality within the family unit” (para. 320). A third purpose he attributes to the legislation is a “recognition of the significance of the procreative and socializing role of the opposite-sex family” (para. 318). The final purpose Bastarache J. locates is the need to address “the widespread economic dependence faced by women, inside or outside the marital bond, upon the breakdown of the relationship” (para. 340).

206 In addition to these various purposes, Bastarache J. correctly points out that the extension of this obligation to individuals in common-law relationships was to reflect “the subordinated position of women in non-marital relationships” (para. 339). Further, he points out that the extension of this obligation to men was merely a reflection of the concern to “erase official gender bias” in legislation (para. 342).

207 In my view, the purposes as described by Bastarache J. are similar in many respects to the one I have identified. As I discuss above, I am in

En conclusion, le juge Iacobucci rejette l'idée que la *LDF* de façon plus générale, et la partie III en particulier, visent à résoudre le problème de la dynamique de dépendance particulière aux couples de sexe différent qui cohabitent, à corriger les désavantages que subissent les femmes ayant formé une union avec une personne de sexe différent (au par. 103) et à assurer la protection des enfants (au par. 104). Je ne puis être d'accord. J'estime que le texte de la loi, son préambule et son historique mènent inéluctablement à la conclusion que tel est bien son objet.

Mon collègue le juge Bastarache attribue divers objets à la *LDF*. L'un des objets répond à un désir d'imposer des obligations alimentaires aux «partenaires qui ont sciemment exprimé le désir d'être ainsi liés» dans une union relativement «permanente» et «sérieuse», au sein de laquelle l'un des partenaires assume une certaine part des tâches domestiques ou s'impose des sacrifices dans l'intérêt commun du couple et qui engendre ou accentue l'inégalité économique entre les partenaires (au par. 347). Un deuxième objet attribué à la loi est d'assurer «un plus haut degré d'autonomie et d'égalité au sein de la cellule familiale» (par. 320). Le troisième objet qu'il attribue à la loi est la reconnaissance de «l'importance [du] rôle [de la famille formée par des conjoints de sexe différent] en matière de procréation et de socialisation» (par. 318). Le dernier objet dégagé par le juge Bastarache est la nécessité de s'attaquer à «la dépendance économique généralisée des femmes, mariées ou conjointes de fait, à la rupture de l'union» (par. 340).

En plus de ces divers objets, le juge Bastarache souligne à juste titre que l'extension de cette obligation aux conjoints de fait vise à refléter «la subordination des femmes vivant en union de fait» (par. 339). De plus, il souligne que l'ouverture aux hommes du recours prévu par la loi ne fait que traduire le souci de «supprimer tout sexisme officiel» dans la loi (par. 342).

Selon moi, les objets qu'expose le juge Bastarache sont semblables à de nombreux égards à celui que j'ai relevé. Comme je l'ai mentionné,

agreement with his views on why the legislation was extended to include men in opposite-sex relationships. I am further in agreement as to the focus of this legislation on women in opposite-sex relationships, which generally possess characteristics of economic disparity between the woman and her partner. Where Bastarache J. and I part company is in our answers to the question “What is the purpose in excluding [same-sex couples]?” (para. 355). In my opinion, Bastarache J. has already answered that question in his reasons. He points out, at para. 298, that same-sex couples generally do not suffer the same economic and social inequalities in the relationship. Both partners in a same-sex relationship are generally wage-earners (at para. 298). There is not the same level of economic dependency between individuals in a same-sex relationship as there is in opposite-sex relationships (at para. 298). Opposite-sex relationships perform a “social function” of raising children, and this function is “typically applicable” only to them (para. 319). I wholly agree. However, in my opinion, these conclusions, coupled with an analysis of the rest of the contextual factors, lead to a finding that the s. 15(1) claim must fail.

My colleague Bastarache J. concludes that notwithstanding the numerous contextual factors that support the legislature’s initiative in alleviating the position of women in opposite-sex relationships, there is no reason to exclude individuals in same-sex relationships. My colleague’s position would make it extremely difficult for this Court to deny the expansion of the scope of the spousal support regime to any relationship of dependency. Making permanence the touchstone of the legislation will lead, in my view, to extending the *FLA* regime to any two (or more) people in relationships of permanence, so long as they can demonstrate exclusion on the basis of an enumerated or analogous ground. The category of potential claimants may conceivably be quite large: we simply do not know; the point is not addressed. Such a conse-

je partage son point de vue en ce qui a trait aux raisons pour lesquelles la loi a été étendue aux hommes formant une union avec une personne de sexe différent. Je suis également d’accord avec lui pour dire que cette loi vise d’abord les femmes formant une union avec une personne de sexe différent, laquelle est généralement caractérisée par un déséquilibre économique entre la femme et son partenaire. Notre divergence d’opinion réside dans la réponse que nous apportons à la question: «Quel objet vise-t-on en [...] excluant [les couples de même sexe]?» (par. 355). À mon avis, le juge Bastarache a déjà répondu à cette question dans ses motifs. Au paragraphe 298, il souligne que les couples de même sexe ne souffrent pas généralement des mêmes inégalités économiques et sociales. Dans une union entre personnes de même sexe, les deux partenaires occupent généralement un emploi rémunéré (au par. 298). On ne retrouve pas dans les unions entre personnes de même sexe le même degré de dépendance économique que dans les unions entre personnes de sexe différent (au par. 298). Ces dernières remplissent une «fonction sociale» d’éducation des enfants, et cette fonction est «traditionnellement applicable» à ces seules unions (par. 319). Je suis parfaitement d’accord. Cependant, selon moi, ces conclusions, jointes à l’analyse des autres facteurs contextuels, mènent à la conclusion que la demande fondée sur le par. 15(1) doit échouer.

Mon collègue le juge Bastarache conclut que, malgré les nombreux facteurs contextuels à l’appui de la mesure prise par le législateur pour améliorer la situation des femmes formant une union avec une personne de sexe différent, il n’y a aucune raison pour exclure les personnes formant une union avec une personne du même sexe. La position de mon collègue fait en sorte qu’il serait extrêmement difficile pour notre Cour de rejeter l’élargissement du champ d’application du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints pour inclure toute relation de dépendance. Faire de la permanence le fondement de la loi conduira, selon moi, à l’extension du régime prévu par la *LDF* à tout groupe de deux (ou plusieurs) personnes dont l’union est permanente, pourvu qu’elles puissent établir que l’exclusion est fondée sur un motif énuméré ou analogue.

quence, however, flows inescapably from the premise underlying his reasons.

La catégorie des demandeurs potentiels pourrait être très large: nous l'ignorons, cette question n'ayant pas été traitée. Une telle conséquence, cependant, découle inéluctablement de la prémisse qui sous-tend ses motifs.

209

Bastarache J. asserts that underlying this concern for women rests the notion of dependency. Further, he concludes that barring any evidence demonstrating that no homosexuals are dependent, they should be included. In my view, this is too rigid and formalistic an application of the analysis set out in *Law, supra*. As I explain below, the reason for excluding individuals in same-sex relationships is that there is an absence of reasons for including them. The circumstances of opposite-sex couples are sufficiently unique to warrant granting a benefit (and imposing a burden). There is, to my mind, no reason why the Legislative Assembly cannot take these realities into consideration, and indeed, make specific efforts to alleviate the underlying problems. This is further developed in the evaluation of the contextual factor of "correspondence", below.

Le juge Bastarache affirme que cette préoccupation pour les femmes repose sur la notion de dépendance. Il conclut de plus qu'en l'absence d'élément de preuve démontrant qu'aucun homosexuel n'est dépendant, les homosexuels devraient être inclus. À mon avis, il s'agit d'une application trop stricte et trop formaliste de l'analyse établie dans l'arrêt *Law*, précité. Comme je l'explique plus loin, la raison pour laquelle les personnes formant une union avec une personne du même sexe sont exclues est qu'il n'existe aucune raison de les inclure. La situation des couples de sexe différent est suffisamment particulière pour justifier l'octroi d'un avantage (et l'imposition d'un fardeau). Il n'existe, à mon avis, aucune raison empêchant l'Assemblée législative de tenir compte de ces réalités et, en fait, de faire des efforts particuliers en vue de pallier les problèmes sous-jacents. Cette question est davantage approfondie dans le cadre de l'évaluation du facteur contextuel de la «correspondance», abordé plus loin.

### C. *The Attorney General's Concession*

### C. *La concession du procureur général*

210

I begin with an examination of whether s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1) of the *Charter*. Before doing so, however, I must address a preliminary issue. In both oral and written argument before us, the Attorney General conceded that s. 29 of the *FLA* violates s. 15(1) of the *Charter*, but endeavoured to have the Court uphold the provision under s. 1. This Court has traditionally taken a dim view of concessions in constitutional cases, given their potentially wide ramifications for persons or governments not parties to the particular case. It is no different here. Interveners may provide assistance to the Court, but their role is constrained, and in any event, their submissions are no substitute for full argument by the parties.

Je commence par la question de savoir si l'art. 29 de la *LDF* viole le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, je dois auparavant aborder une question préliminaire. Dans l'argumentation orale et écrite qu'il a présentée à notre Cour, le procureur général a concédé que l'art. 29 de la *LDF* viole le par. 15(1) de la *Charte*, mais il a tenté d'en faire confirmer la validité par notre Cour en vertu de l'article premier. Notre Cour considère généralement d'un mauvais œil les admissions faites dans le cadre des litiges constitutionnels, étant donné l'ampleur des conséquences qu'elles pourraient avoir pour les personnes ou les gouvernements qui ne sont pas parties à l'affaire. C'est la même chose ici. Les intervenants peuvent aider la Cour, mais leur rôle est restreint et, de toute façon, leurs représentations ne peuvent tenir lieu d'argumentation complète par les parties.

I would not wish to be taken as suggesting that parties before this Court should refrain from making concessions where appropriate. A refusal to make appropriate concessions may undermine a litigant's position. That said, sometimes a concession is inappropriate, particularly where it deprives the Court of submissions on a central issue in the appeal. As Cory J. rightly notes (at para. 45), we are not bound by the Attorney General's concession, and speaking for myself, I think that it was the wrong position for the Attorney General to have adopted.

*D. Locating the Appropriate Comparator Group in the Present Appeal*

In *Law, supra*, Iacobucci J. pointed out at paras. 56-58, that it is essential to establish the appropriate comparator. The equality guarantee contained in s. 15(1) does not guarantee equality in the abstract, and does not protect against violations of human dignity *per se*. We must establish that there is differential treatment as between the claimant and another group. The factors to consider include the purpose and effects of the legislation, and the biological, historical and sociological similarities or dissimilarities of the claimant and the comparator. To establish who the correct comparator is, we begin with the choice made by the claimant. However, by analysing the various factors, it may be that the legislation in fact targets a different group, and the differential treatment is between the claimant and a comparator unselected by the claimant. In my view, that is the case here.

As I discuss below, many of the submissions made by the parties related to the similarities and dissimilarities between same-sex couples and opposite-sex couples. Given the subject-matter of this legislation, many of these dissimilarities are highly relevant. Again, it is my view that the subject-matter of this legislation relates to the unique social function played by opposite-sex couples, and to alleviate the economic disadvantages that flow from that social function. In so doing, it targets primarily, but not exclusively, women who

Que l'on ne se méprenne pas: je n'entends pas que les parties devant notre Cour devraient s'abstenir de faire des admissions lorsque cela est approprié. Le refus de faire celles qui s'imposent peut affaiblir la position d'une partie. Cela dit, parfois il ne convient pas de faire une admission, particulièrement lorsqu'elle prive la Cour de représentations sur une question qui est au cœur du pourvoi. Comme le juge Cory le fait remarquer, au par. 45, nous ne sommes pas liés par les admissions du procureur général et, pour ma part, j'estime que le procureur général a eu tort d'adopter cette position.

*D. Déterminer le groupe de comparaison approprié dans le présent pourvoi*

Dans l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci souligne, aux par. 56 à 58, qu'il est essentiel d'établir l'objet de comparaison approprié. Le droit à l'égalité prévu au par. 15(1) ne garantit pas l'égalité dans l'abstrait et il ne protège pas contre les atteintes à la dignité humaine en soi. Il faut établir qu'il y a une différence de traitement entre le demandeur et un autre groupe. Les facteurs dont il faut tenir compte comprennent l'objet et les effets de la loi ainsi que les ressemblances ou dissemblances biologiques, historiques et sociologiques entre le demandeur et l'objet de comparaison. Pour établir quel est l'objet de comparaison approprié, nous partons de celui qu'a choisi le demandeur. Toutefois, il peut ressortir de l'analyse des différents facteurs que la loi vise en fait un groupe différent et que la différence de traitement se fait sentir entre le demandeur et un groupe de comparaison que ce dernier n'a pas choisi. J'estime que c'est ce qui se produit en l'espèce.

Comme je le mentionne plus loin, bien des arguments invoqués par les parties portaient sur les ressemblances et les dissemblances entre les couples de même sexe et les couples de sexe différent. Étant donné la matière dont traite cette loi, bon nombre de ces dissemblances sont d'une grande pertinence. Je le répète, je suis d'avis que cette loi a trait à la fonction sociale unique remplie par les couples de sexe différent et vise à pallier les désavantages économiques qui découlent de cette fonction sociale. Ce faisant, elle vise principalement,

211

212

213

play a disproportionate child-rearing role in heterosexual relationships: *Moge, supra*.

E. *Does the Legislation Create a Distinction?*

214

As indicated above, the first step in a s. 15(1) analysis is to determine whether the legislature has drawn a distinction between the claimant and others. There can be little doubt in the present appeal that such a distinction exists. Individuals who are part of a married couple or a cohabiting opposite-sex couple of a specified duration are entitled to invoke the spousal support provisions of Part III of the *FLA*. By contrast, due to the definition of "spouse" in s. 29 of the *FLA*, individuals who are part of same-sex couples have no access to the spousal support provisions. It must be emphasized, as this Court has held repeatedly, that not all distinctions drawn by the legislature will infringe s. 15(1). There must be more. I underscore the concern expressed by La Forest J. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 7:

... not all distinctions resulting in disadvantage to a particular group will constitute discrimination. It would bring the legitimate work of our legislative bodies to a standstill if the courts were to question every distinction that had a disadvantageous effect on an enumerated or analogous group. This would open up a s. 1 inquiry in every case involving a protected group.

Nevertheless, the legislative provision under consideration in the present appeal clearly makes a distinction. It must still be determined whether the differential treatment results in discrimination. We must, therefore, proceed to the next step of the analysis.

F. *Is the Differential Treatment Based on One or More Enumerated or Analogous Grounds?*

215

The respondent M. asserts that she has been discriminated against on the basis of her sexual orientation. It is common ground, as this Court has held

mais non exclusivement, les femmes, qui jouent un rôle disproportionné dans l'éducation des enfants au sein des unions hétérosexuelles: *Moge*, précité.

E. *La loi crée-t-elle une distinction?*

Comme je l'ai indiqué précédemment, la première étape dans l'analyse fondée sur le par. 15(1) est de déterminer si le législateur a établi une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Il ne peut guère y avoir de doute en l'espèce sur l'existence d'une telle distinction. Les membres d'un couple marié ou les membres d'un couple de sexe différent qui cohabitent pendant la période requise ont le droit d'invoquer les dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF*. Au contraire, en raison de la définition donnée du mot «conjoint» à l'art. 29 de la *LDF*, les membres d'un couple de même sexe ne peuvent s'appuyer sur ces dispositions. Il faut rappeler, comme notre Cour l'a affirmé à maintes reprises, que ce ne sont pas toutes les distinctions établies par le législateur qui violent le par. 15(1). Il faut davantage. Je souligne la mise en garde faite par le juge La Forest dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 7:

... ce ne sont pas toutes les distinctions causant un désavantage à un groupe particulier qui constituent de la discrimination. Si les tribunaux devaient remettre en question chaque distinction ayant un effet défavorable sur un groupe énuméré ou analogue, le travail légitime de nos organismes législatifs s'en trouverait paralysé. Il faudrait alors effectuer une analyse sous le régime de l'article premier dans tous les cas mettant en cause un groupe bénéficiant d'une protection.

Néanmoins, la disposition législative examinée dans le présent pourvoi établit clairement une distinction. Il reste encore à déterminer si la différence de traitement est discriminatoire. Nous devons donc passer à l'étape suivante de l'analyse.

F. *La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues?*

L'intimée M. soutient qu'elle fait l'objet d'une discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Il est reconnu, comme notre Cour l'a conclu à

on several occasions, including *Egan, supra*, and more recently, *Vriend, supra*, that sexual orientation is analogous to those grounds of discrimination enumerated in s. 15(1) of the *Charter*. Facially, the legislation does not draw a distinction on the basis of sexual orientation. The language of s. 29 of the *FLA* draws a distinction between relationships, not individuals. As McLachlin J. pointed out in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 153: “In theory, the individual is free to choose whether to marry or not to marry. In practice, however, the reality may be otherwise.” The same is arguably true for conjugal relationships with members of the opposite sex. Although the choice to enter into conjugal relationships with members of the opposite sex is available in theory to homosexuals, in practice, it may be no choice at all. Nonetheless, it is clear that s. 29 does not facially draw a distinction on the basis of sexual orientation.

What the legislature has done by its enactment of Part III of the *FLA* is to draw a distinction between certain — though I note, not all — opposite-sex relationships and all other relationships of financial dependence. As La Forest J. underscored in *Egan, supra*, the legislature intended to make the facial distinction on the basis of spousal status, rather than sexual orientation. However, although the distinction drawn by the legislation is made on the basis of spousal status, the effect of this legislation is to include a distinction on the basis of sexual orientation. From the very beginning of our s. 15 jurisprudence, this Court has stated clearly that equality must be substantive as well as formal, and the principle continues to inform our law: *Vriend, supra*, at para. 83. Put another way, we must examine the effects of the impugned legislative distinction, and evaluate the statute’s consistency with the *Charter*’s equality provisions on that basis. Otherwise, we would create a victory of form over substance. Even though s. 29 of the *FLA* does not draw a facial distinction on the basis of

plusieurs occasions, notamment dans l’arrêt *Egan*, précité, et plus récemment dans l’arrêt *Vriend*, précité, que l’orientation sexuelle est un motif analogue aux motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. À première vue, la loi ne crée pas de distinction fondée sur l’orientation sexuelle. Le texte de l’art. 29 de la *LDF* établit une distinction entre les unions, et non entre les personnes. Comme le juge McLachlin l’a souligné dans l’arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au par. 153: «En théorie, la personne est libre de choisir de se marier ou non. Cependant, en pratique, la réalité pourrait bien être tout autre.» On pourrait soutenir que cela s’applique aussi aux unions conjugales formées de personnes de sexe différent. Bien que les homosexuels puissent théoriquement choisir de former une union conjugale avec une personne de sexe différent, en pratique, il se peut qu’ils n’aient pas le choix du tout. Il est néanmoins manifeste qu’à première vue, l’art. 29 ne crée aucune distinction fondée sur l’orientation sexuelle.

En édictant la partie III de la *LDF*, le législateur a établi une distinction entre certaines unions entre personnes de sexe différent — mais pas toutes, je le précise — et toutes les autres relations marquées par la dépendance financière. Comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *Egan*, précité, le législateur voulait faire une distinction fondée à première vue sur l’état de conjoint plutôt que sur l’orientation sexuelle. Toutefois, bien que la distinction établie par la loi soit fondée sur l’état de conjoint, cette loi a pour effet d’établir une distinction fondée sur l’orientation sexuelle. Depuis les tout premiers arrêts qu’elle a rendus relativement à l’art. 15, notre Cour a établi clairement que l’égalité doit être aussi bien réelle que formelle, et ce principe imprègne toujours notre droit: *Vriend*, précité, au par. 83. En d’autres termes, nous devons examiner les effets de la distinction législative contestée et apprécier, sur ce fondement, la compatibilité de cette dernière avec les dispositions de la *Charte* en matière d’égalité. Agir autrement, ce serait assurer la victoire de la forme sur le fond. Même si l’art. 29 de la *LDF* n’établit pas à première vue de distinction fondée sur l’orientation sexuelle, la définition qu’il donne au mot

sexual orientation, the effect of s. 29's definition of "spouse" is to do so.

«conjoint» a pour effet d'établir une telle distinction.

217

Although the distinction drawn by the legislature has the practical effect of excluding same-sex couples who may live in relationships of financial dependence, many other relationships of financial dependence are also excluded from the scope of Part III of the *FLA*. All individuals who cohabit in non-conjugal relationships are excluded from its scope. Indeed, even opposite-sex couples who have not cohabited continuously for a period of three years are excluded, unless they have children, despite the fact that they may exhibit financial dependence. Nonetheless, the fact that others may also be excluded does not alter the fact that individuals in same-sex relationships are treated differently, and we must therefore ask whether this differential treatment is discriminatory on the basis of the analogous ground of sexual orientation.

Bien que la distinction établie par le législateur a pour effet concret d'exclure les couples de même sexe dont l'union peut être caractérisée par la dépendance financière, beaucoup d'autres relations marquées par la dépendance financière sont également exclues du champ d'application de la partie III de la *LDF*. Tous ceux qui cohabitent sans former une union conjugale sont exclus. D'ailleurs, même les couples de sexe différent qui n'ont pas cohabité de façon continue pendant trois ans sont exclus, à moins qu'ils n'aient des enfants, et ce, malgré le fait qu'ils soient dépendants financièrement. Néanmoins, le fait que d'autres puissent aussi être exclus ne change rien au fait que les personnes formant une union avec une personne de même sexe sont traitées différemment, et nous devons donc nous demander si cette différence de traitement est discriminatoire sur le fondement du motif analogue de l'orientation sexuelle.

#### G. Does the Differential Treatment Discriminate?

#### G. La différence de traitement est-elle discriminatoire?

##### 1. Does the Legislation Impose a Burden or Withhold a Benefit?

##### 1. La loi impose-t-elle un fardeau ou prive-t-elle d'un avantage?

218

The third broad inquiry involves the determination of whether the distinction based on enumerated or analogous grounds is discriminatory. The first aspect of this inquiry is to ask whether the legislature imposes a burden upon or withholds a benefit from the claimant. The direct or indirect effect of the impugned legislation is considered. Again, I agree with the majority that it cannot seriously be denied that the distinction drawn by the legislature in this case has resulted in disadvantage to the claimant. Part III undoubtedly bestows a benefit — access to a spousal support regime — the denial of which results in a disadvantage to the respondent M. Of course, as the majority rightly points out, the issue on this appeal is the threshold question of access to Part III of the *FLA*, not the viability or merit of any claim that the respondent M. might make under it. To that extent, at least, this case is broadly similar to *Vriend, supra*, in which this Court considered the threshold question of access

La troisième grande question vise à déterminer si la distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues est discriminatoire. La première étape de cet examen comporte la question de savoir si le législateur impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage. L'effet direct ou indirect de la loi contestée est examiné. Ici encore, je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que l'on ne peut sérieusement nier que la distinction établie par le législateur en l'espèce tourne au désavantage de la demanderesse. La partie III confère indéniablement un avantage — l'accès au régime de l'obligation alimentaire entre conjoints — dont le refus entraîne un désavantage pour l'intimée M. Évidemment, comme les juges majoritaires le font remarquer, il s'agit en l'espèce de trancher la question préliminaire de l'accès à la partie III de la *LDF*, et non de statuer sur les chances de succès ou le bien-fondé de toute demande que l'intimée M. pourrait présenter sous le régime de cette

to Alberta's human rights scheme rather than the merits of a claim made under that scheme.

I agree with the majority that access to the spousal support provisions of Part III of the *FLA* is a benefit in the way that this Court has defined that term for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*. As Finlayson J.A. observed in the Court of Appeal below ((1996), 31 O.R. (3d) 417, at p. 427), the spousal support regime set out in Part III of the *FLA* "is far more comprehensive than any known to the civil law in other areas". Aside from imposing the legal obligation to support one's spouse, the *FLA* also provides a mechanism by which to apply for a support order (s. 33), outlines the powers of a court to make (s. 34) and to enforce (s. 35) such an order. Orders made pursuant to the *FLA* enjoy certain benefits: they bind an estate (s. 34(4)) and may be indexed (s. 34(5)), and are accorded a degree of priority in the event that the obligee defaults or becomes insolvent (*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 121(4), 136(1)(d.1), 178(1)(c); *Family Responsibility and Support Arrears Enforcement Act*, 1996, S.O. 1996, c. 31). The support process is also facilitated and expedited by the requirement, contained in s. 41, that the parties must exchange financial statements. In short, Part III of the *FLA* provides a relatively efficient and effective mechanism by which to resolve spousal support claims. Part III of the *FLA* provides a benefit to those entitled to invoke it, and denial of access to that benefit is a disadvantage for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*.

At the same time, it is important to recognize, as my colleague Bastarache J. has done, that this legislation both provides a benefit to a class of people

partie. À cet égard, du moins, le présent pourvoi ressemble dans les grandes lignes à l'arrêt *Vriend*, précité, où notre Cour a examiné la question préliminaire de l'accès au régime des droits de la personne de l'Alberta plutôt que le bien-fondé d'une plainte présentée en vertu de ce régime.

Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que l'accès aux dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est un avantage au sens de la définition donnée par notre Cour à ce terme pour l'application du par. 15(1) de la *Charte*. Comme le juge Finlayson le note en Cour d'appel ((1996), 31 O.R. (3d) 417, à la p. 427), le régime de l'obligation alimentaire entre conjoints prévu à la partie III de la *LDF* [TRADUCTION] «est beaucoup plus complet que tout autre régime de droit civil dans d'autres domaines». En plus d'imposer aux conjoints l'obligation légale de se fournir des aliments, la *LDF* prévoit un mécanisme pour demander une ordonnance alimentaire (art. 33) et elle définit les pouvoirs conférés au tribunal pour rendre (art. 34) et faire exécuter (art. 35) une telle ordonnance. Les ordonnances rendues sous le régime de la *LDF* comportent certains avantages: elles lient la succession (par. 34(4)), elles peuvent être indexées (par. 34(5)) et elles sont traitées en priorité lorsque l'obligé manque à ses obligations ou devient insolvable (*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, par. 121(4) et al. 136(1)d.1) et 178(1)c); *Loi de 1996 sur les obligations familiales et l'exécution des arriérés d'aliments*, L.O. 1996, ch. 31). L'application du régime est aussi facilitée et accélérée par l'obligation faite aux parties en vertu de l'art. 41 de se communiquer mutuellement leurs états financiers. Bref, la partie III de la *LDF* prévoit un mécanisme relativement valable et efficace pour le règlement des demandes d'aliments formées par un conjoint. La partie III de la *LDF* confère un avantage à ceux qui ont le droit d'invoquer ses dispositions et le refus de donner accès à cet avantage constitue un désavantage pour l'application du par. 15(1) de la *Charte*.

Par ailleurs, il est important de reconnaître, comme mon collègue le juge Bastarache le fait, que cette loi confère un avantage à une catégorie

and imposes a burden on that same class. He notes, at para. 300, that “[t]he cost of imposing the s. 29 regime is the reduction of autonomy of individuals affected.” The legislation alters the fundamental right of individuals to structure their affairs freely, and, where the circumstances so warrant, imposes a support obligation where none previously existed. Not only does the legislation impose a burden by reducing an individual’s autonomy, it also reduces some of the financial advantages of relationships that fall outside the definition of “spouse”. This was expressly noted by the then Attorney General, Hon. Roy McMurtry, when discussing the rationale for extending the support obligation to common law spouses (*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103):

We believe it is in the community’s interest that some legal responsibilities flow from a common law relationship. By imposing a support obligation on common law spouses in the same terms as the obligation on married persons, we will be removing at least some financial advantages of a common law union over a legal marriage.

## 2. Stereotypical Application of Presumed Characteristics and the Contextual Factor of Correspondence

221

Having established that the legislation confers a benefit, we must then turn to the question of whether the benefit is withheld “in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration”: *Law, supra*, at para. 88. As I explain below, the concept of “stereotyping” often is linked to the contextual factor of “correspondence”. Where the legislation takes into account the actual need, capacity or

de personnes et impose un fardeau à cette même catégorie. Il souligne, au par. 300, que «[l]e coût de l'imposition du régime prévu par l'art. 29 est la réduction de l'autonomie des personnes visées.» La loi modifie le droit fondamental des personnes d'organiser leurs affaires librement et, lorsque les circonstances le justifient, impose une obligation alimentaire là où aucune n'existait auparavant. Non seulement la loi impose-t-elle un fardeau en réduisant l'autonomie individuelle, mais elle diminue aussi certains des avantages financiers des unions auxquelles ne s'applique pas la définition du mot «conjoint». Le procureur général de l'époque, l'honorable Roy McMurtry, l'a expliqué clairement lorsqu'il a traité du bien-fondé de l'extension de l'obligation alimentaire aux conjoints de fait (*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103):

[TRADUCTION] Nous croyons qu'il est dans l'intérêt de la collectivité que certaines obligations légales découlent d'une union de fait. En imposant aux conjoints de fait une obligation alimentaire qui est identique à l'obligation à laquelle sont tenues les personnes mariées, nous allons éliminer au moins certains des avantages financiers qui favorisent l'union de fait par rapport au mariage légitime.

## 2. L'application stéréotypée de caractéristiques présumées et le facteur contextuel de la correspondance

Ayant établi que la loi confère un avantage, nous devons maintenant aborder la question de savoir si le demandeur est privé d'un avantage «d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération»: *Law*, précité, au par. 88. Comme je l'explique plus loin, la notion de «l'application de stéréotypes» est souvent liée au facteur contextuel de la «correspondance». Lorsque la loi tient compte des besoins, de la capacité ou de la situation véritables du demandeur et de l'objet de comparaison, il est

circumstances of the claimant and the comparator, then it is unlikely to rest on a stereotype.

The concept of stereotyping is well-rooted in the equality jurisprudence. Although the central purpose of the s. 15(1) equality guarantee is to protect and promote human dignity, one of the principal mechanisms by which the *Charter's* equality guarantee achieves that purpose is by barring the use of stereotypes as a basis for legislative distinctions. The jurisprudence recognizes that in the absence of reliance on a stereotype, discrimination will be difficult to establish: *Law, supra*, at para. 64. Wilson J., dissenting on other grounds in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 387, confirmed that at the heart of s. 15(1) "is the promise of equality in the sense of freedom from the burdens of stereotype and prejudice in all their subtle and ugly manifestations". McLachlin J. indicated in *Miron, supra*, at para. 128, that the unequal treatment at issue must be "based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics". It is true that in *Law*, this Court unanimously held that there may be, on occasion, other infringements of s. 15(1) which are not rooted in stereotype or prejudice. However, such occasions will likely be rare.

Distinctions drawn on enumerated or analogous grounds usually rely upon the stereotypical application of presumed characteristics, rather than an accurate account of the true situation, or actual abilities, circumstances, or capacities. The language of s. 15(1) leads us to suspect that distinctions made on the basis of enumerated or analogous grounds are discriminatory. Indeed, that is precisely why they were selected as enumerated — and later, analogous — grounds, because our historical experience has shown that stereotypes and social disadvantage have often clung to them, with resulting infringements of human dignity: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 175. Legislative distinctions

alors peu probable qu'elle repose sur un stéréotype.

La notion de l'application de stéréotypes est bien établie dans les arrêts relatifs à l'égalité. Bien que l'objet principal de la garantie d'égalité du par. 15(1) soit de protéger et de promouvoir la dignité humaine, l'un des principaux mécanismes par lequel la garantie d'égalité de la *Charte* atteint ce but est l'interdiction du recours aux stéréotypes comme fondement des distinctions législatives. La jurisprudence reconnaît qu'en l'absence de stéréotype, la discrimination est difficile à établir: *Law, précité*, au par. 64. Le juge Wilson, dissidente pour d'autres motifs dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 387, a confirmé qu'au cœur du par. 15(1) «se trouve la promesse d'une égalité au sens d'une libération du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes subtiles et répugnantes». Le juge McLachlin a indiqué, dans l'arrêt *Miron*, précité, au par. 128, que le traitement inégal en cause doit être «fondé sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe». Il est vrai que dans l'arrêt *Law*, notre Cour conclut à l'unanimité qu'il peut exister, à l'occasion, d'autres atteintes au par. 15(1), qui ne sont pas basées sur des stéréotypes ou des préjugés. Toutefois, cela sera probablement rare.

Les distinctions établies en raison de motifs énumérés ou analogues sont généralement fondées sur l'application stéréotypée de caractéristiques présumées plutôt que sur une juste appréciation de la véritable situation ou des aptitudes, des circonstances ou des capacités réelles. Le libellé du par. 15(1) nous donne à penser que les distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues sont discriminatoires. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils ont été choisis en tant que motifs énumérés, et plus tard, en tant que motifs analogues, l'histoire ayant démontré que les stéréotypes et les désavantages sociaux s'y sont souvent rattachés, entraînant de ce fait des atteintes à la dignité humaine: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 175. Les distinctions législatives fondées sur ces motifs

drawn on those grounds will usually bear no relation to the “true situation” of the claimants.

n'ont généralement aucun rapport avec la «véritable situation» des demandeurs.

224

As Iacobucci J. noted in *Law, supra*, at para. 64, generally speaking, a stereotype is an inaccurate generalization made with reference to a personal characteristic. Specifically, it involves the attribution of a characteristic or set of characteristics to a group, which is then imputed to the individual members of that group because of their membership in it. One takes a preconceived or fixed notion about a group of individuals identified by a personal characteristic, and assumes that all individuals identified by that personal characteristic fit that preconceived idea. In invoking a stereotype, one either attributes characteristics which are not present, or fails to take into account characteristics which are present. Either way, one is failing to treat an individual as he or she really is.

Comme le juge Iacobucci le souligne dans l'arrêt *Law*, précité, au par. 64, un stéréotype est habituellement une généralisation erronée portant sur une caractéristique personnelle. En particulier, il comporte l'attribution d'une caractéristique ou d'un ensemble de caractéristiques à un groupe, laquelle est ensuite imputée à chacun de ses membres en raison de leur appartenance au groupe. L'on accepte une opinion préconçue ou une idée toute faite au sujet d'un groupe de personnes partageant une caractéristique personnelle et l'on présume que cette idée préconçue s'applique à toutes les personnes possédant cette caractéristique personnelle. En invoquant un stéréotype, on attribue des caractéristiques inexistantes ou on ignore des caractéristiques existantes. D'une façon ou d'une autre, l'on ne traite pas une personne telle qu'elle est vraiment.

225

The concept of “stereotyping” is often linked to the contextual factor of “correspondence”. At para. 70 of *Law, supra*, Iacobucci J. states that “legislation which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity”. Where the distinction is so directly related to the objective reality of the ground under consideration as to be, in effect, a simple description or reflection of the circumstances, merit, or actual situation of the claimant, any differences that exist in such cases may be due to social, biological, or constitutional facts, rather than discrimination or prejudice, and exist apart from any legislative distinctions based upon them. They are beyond the scope of the ground of discrimination. Indeed, failure to treat those differences as differences may itself constitute a breach of the requirements of substantive equality. A description is unlikely to be a stereotype when it is

La notion de «l'application de stéréotypes» est souvent liée au facteur contextuel de la «correspondance». Au paragraphe 70 de l'arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci dit que «la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d'autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d'une façon qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et en tant que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d'avoir un effet négatif sur la dignité humaine». Lorsqu'une distinction est si directement liée à la réalité objective du motif examiné qu'en fait, elle décrit ou reflète simplement les circonstances, les mérites ou la véritable situation du demandeur, il se peut que les différences soient attribuables à des données sociales, biologiques ou constitutionnelles plutôt qu'à de la discrimination ou à des préjugés, indépendamment de toute distinction législative fondée sur ces données. Cette disposition n'est pas visée par le motif de discrimination. En fait, l'omission de traiter ces différences comme telles peut, en soi, constituer un manquement aux exigences de l'égalité réelle. Il est peu probable qu'une description soit un stéréotype lorsqu'elle

an accurate account of the characteristic being described.

Where the legislation “takes into account the claimant’s actual situation” in a manner that reflects his or her human dignity, it will be less likely to infringe s. 15(1). With this understanding in mind, I now turn to consider these factors in light of the legislation under challenge in this case.

The contextual factor of correspondence is critical for determining the central issue in this appeal, whether the analogous ground of sexual orientation nourishes a challenge to the definition of “spouse” and renders the exclusion of gay and lesbian persons from that definition discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*. The definition of “spouse”, as I have already suggested, is an extension of marriage. To be a spouse is, in essence, to be as if married, whether or not one is actually married. Spoushood is a social and cultural institution, not merely an instrument of economic policy. The concept of “spouse”, while a social construct, is one with deep roots in our history. It informs our legal system: the status of “spouse” is defined, recognized, and regulated by the legislature. Under the *Constitution Act, 1867*, the federal government regulates capacity to marry (s. 91(26)), and the provincial governments regulate solemnization of marriage, that is, matters of form and ceremony (s. 92(12)), along with property and civil rights (s. 92(13)). It is rooted in Western history, in which the concept of “spouse” has always referred to a member of a cohabiting opposite-sex couple. That is what it means to be a “spouse”: *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (H.C.J.), at p. 261; *Dean v. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (D.C. 1995), at p. 362. That well-recognized definition does not discriminate on the basis of sexual orientation, any more than the status of “child” or “adult” discriminates on the

reflète fidèlement la caractéristique qui en fait l’objet.

Lorsque la loi «prend en considération la situation véritable du demandeur» d’une manière qui respecte sa dignité humaine, elle est moins susceptible de porter atteinte au par. 15(1). Gardant ces principes à l’esprit, j’aborde maintenant l’examen de ces facteurs à la lumière de la loi contestée en l’espèce.

Le facteur contextuel de la correspondance est d’une importance capitale pour trancher la principale question en litige dans le présent pourvoi, soit la question de savoir si le motif analogue que constitue l’orientation sexuelle peut être invoqué pour contester la définition du mot «conjoint» et faire reconnaître le caractère discriminatoire de l’exclusion des gais et des lesbiennes de cette définition, en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. La définition du terme «conjoint», comme je l’ai déjà laissé entendre, est une extension du mariage. Le conjoint est essentiellement assimilé à la personne mariée, qu’il soit effectivement marié ou non. L’état de conjoint est une institution sociale et culturelle, et non un simple instrument de politique économique. Le concept de «conjoint», bien qu’il soit un concept de société, est profondément ancré dans notre histoire. Il anime notre système juridique: l’état de «conjoint» est défini, reconnu et réglementé par le législateur. En vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le gouvernement fédéral régleme la capacité de se marier (par. 91(26)), et les gouvernements provinciaux réglementent la célébration du mariage, soit les questions de forme et de cérémonie (par. 92(12)), de même que la propriété et les droits civils (par. 92(13)). Le concept de «conjoint» est ancré dans l’histoire occidentale, où il a toujours désigné chacun des membres d’un couple de sexe différent qui cohabitent. C’est ce que signifie le terme «conjoint»: *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (H.C.J.), à la p. 261; *Dean c. District of Columbia*, 653 A.2d 307 (D.C. 1995), à la p. 362. Cette définition bien établie ne crée pas de discrimination fondée sur l’orientation sexuelle, pas plus que l’état d’«enfant» ou d’«adulte» ne donne lieu à une discrimination fondée sur l’âge, ou celui

226

227

basis of age, or “male” or “female” discriminates on the basis of sex.

d’«homme» ou de «femme» ne crée de discrimination fondée sur le sexe.

228

Our system of family law is, to a great degree, based upon the legal rights and duties flowing from marriage. The law recognizes marriage as a status voluntarily acquired through contract, and endows that status with both rights and duties. Individuals who do not live within the institution of marriage are, for the most part, not subject to the rights and obligations that attach to it. So, for example, the *FLA*’s sections on family property (Part I) and the matrimonial home (Part II) apply only to married couples, not unmarried, cohabiting opposite-sex couples, or anyone else. In general, unmarried individuals who cohabit outside marriage do not bear the full range of legal responsibilities of a married couple, and neither the benefits nor the burdens of marriage extend to them. As I explained in *Miron, supra* (and as La Forest J. outlined in greater detail in *Egan, supra*), marriage is a fundamental social institution because it is the crucible of human procreation and the usual forum for the raising of children. That is the primary, though not sole, purpose of the institution of marriage: *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (Ont. Div. Ct.), at pp. 222-23. The very importance of such an institution can render description of it difficult, as Dickson C.J. recognized in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1237. Distinguishing description from justification may be similarly difficult.

Notre droit de la famille est fondé dans une large mesure sur les droits et les devoirs légaux qui découlent du mariage. La loi reconnaît que le mariage est un état qui s’acquiert volontairement, de façon contractuelle, et elle y attache des droits et des devoirs. Les personnes qui ne vivent pas au sein de l’institution du mariage ne sont pas, dans la plupart des cas, assujetties aux droits et obligations qui en résultent. Ainsi, par exemple, les parties de la *LDF* qui traitent des biens familiaux (partie I) et du foyer conjugal (partie II) ne s’appliquent qu’aux personnes mariées, et non aux couples de sexe différent qui ne sont pas mariés et qui cohabitent, ni à aucune autre personne. En général, les personnes qui cohabitent sans être mariées n’assument pas l’ensemble des responsabilités légales qui incombent aux personnes mariées, et ni les bénéfices ni les fardeaux découlant du mariage ne s’appliquent à elles. Comme je l’ai expliqué dans l’arrêt *Miron*, précité (et comme l’a exposé plus en détail le juge La Forest dans l’arrêt *Egan*, précité), le mariage est une institution sociale fondamentale parce qu’il est le creuset de la procréation humaine et le cadre habituel dans lequel on élève les enfants. Il s’agit là de l’objet principal, bien que cela n’en soit pas l’objet unique, de l’institution du mariage: *Layland c. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (C. div. Ont.), aux pp. 222 et 223. L’importance même d’une telle institution peut en rendre la description difficile, comme l’a reconnu le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1237. De même, établir une distinction entre la description et la justification peut s’avérer difficile.

229

Mere appeal to history or tradition, of course, is insufficient to establish the existence of the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 134. The proper evaluation of an equality claim requires the Court to subject our social practices to critical evaluation, as Wilson J. explained in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1332. Nonetheless, the recog-

Bien entendu, il ne suffit pas simplement de s’en remettre à l’histoire ou à la tradition pour établir l’existence des besoins, des capacités ou de la situation véritables du demandeur ou d’autres personnes: *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 134. Pour bien peser la valeur d’une demande fondée sur le droit à l’égalité, la Cour doit examiner de façon critique nos pratiques sociales, comme l’a expliqué le juge

nitition that social values change and evolve does not alter the reality that certain biological and social realities endure. In *Big M Drug Mart, supra*, at p. 344, and on several occasions since, this Court has observed that the *Charter* was not enacted in a vacuum. The *Charter* requires the Court to subject our social institutions to a critical eye, but it does not mandate that we should sweep them away. Legislative distinctions based on an accurate appreciation of biological and social realities may not amount to discrimination, where the legislation corresponds to the characteristics in a manner that respects the claimant's human dignity.

Legislation such as Part III of the *FLA*, which provides differing economic and legal treatment for married couples and opposite-sex common law couples is premised on certain assumptions about the nature of the economic, social, and legal dynamic of the relationships those individuals have. That economic, social, and legal dynamic, I should emphasize, is a multi-faceted one, and some of its features will be shared by other relationships, including some long-term same-sex relationships. One of the central questions, therefore, is whether those underlying assumptions, embodied in the distinction drawn in s. 29, are based on stereotypes. As La Forest J. recognized in *Egan, supra*, at para. 25, an opposite-sex couple is

the social unit that uniquely has the capacity to procreate children and generally cares for their upbringing, and as such warrants support by Parliament to meet its needs. This is the only unit in society that expends resources to care for children on a routine and sustained basis. . . . [T]his is the unit in society that fundamentally anchors other social relationships and other aspects of society. [Emphasis in original.]

I pause to address the question of whether the present appeal can be distinguished from the decision of this Court in *Egan*. The initial response to

Wilson dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1332. Toutefois, même si l'on reconnaît que les valeurs sociales changent et évoluent avec le temps, il n'en demeure pas moins que certaines réalités biologiques et sociales perdurent. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, et à plusieurs reprises par la suite, notre Cour a fait remarquer que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte. La *Charte* oblige la Cour à considérer nos institutions sociales d'un œil critique, mais elle ne lui donne pas pour mission de les balayer. Les distinctions législatives fondées sur une juste appréciation de réalités biologiques et sociales peuvent ne pas être discriminatoires lorsque la loi correspond aux caractéristiques d'une manière qui respecte la dignité humaine du demandeur.

Les dispositions législatives, comme celles de la partie III de la *LDF*, qui traitent différemment, sur les plans économique et juridique, les couples mariés et les conjoints de fait de sexe différent, reposent sur certaines prémisses concernant la nature de la dynamique économique, sociale et juridique de ces unions. J'insiste sur le fait que cette dynamique économique, sociale et juridique comporte des aspects multiples, et que certaines de ses caractéristiques se retrouvent aussi au sein d'autres unions, y compris certaines unions à long terme entre personnes du même sexe. L'une des principales questions est donc de savoir si ces prémisses sous-jacentes, concrétisées par la distinction établie à l'art. 29, sont fondées sur des stéréotypes. Comme l'a reconnu le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 25, les couples de sexe différent constituent

l'unité sociale qui seule a la capacité de procréer et qui, en général, veille à l'éducation des enfants; à ce titre, elle mérite que le législateur lui offre son soutien de façon à ce qu'elle puisse satisfaire à ses besoins. C'est la seule unité dans la société qui consacre tous les jours et de façon constante des ressources au soin des enfants. [...] [C]'est l'unité dans laquelle sont enracinés d'autres relations sociales et d'autres aspects de la société. [Souligné dans l'original.]

Je m'arrête pour aborder la question de savoir si on peut distinguer le présent pourvoi de l'arrêt *Egan* de notre Cour. On peut d'abord répondre à

this claim is that *Egan* and this case deal with different legislation, and as such, I agree with Iacobucci J. that the case “must be evaluated on its own merits” (para. 75). Further, in my view, the present appeal is an easier case than was *Egan*. The present appeal is concerned with the support obligation, which, though extended to cohabiting opposite-sex couples, is an essential feature of marriage itself. That cannot be said (at least to the same degree) about the payment made by the state to opposite-sex couples which was at issue in *Egan*. The spousal support obligation is unquestionably a core feature of the institution of marriage itself. True, that obligation has been extended to unmarried cohabiting opposite-sex couples by legislative action. Yet that should not obscure the fact that the extension was carefully tailored for a specific purpose, and that the nature of the obligation was established in the marriage context before it was ever extended to unmarried cohabiting opposite-sex couples. I thus find Cory J.’s statement that “this appeal has nothing to do with marriage *per se*” (para. 52) entirely unconvincing.

cette question en disant que l’arrêt *Egan* et la présente affaire portent sur des lois différentes, de sorte que je partage l’opinion du juge Iacobucci, selon laquelle l’affaire «doit faire l’objet d’une évaluation au fond» (par. 75). De plus, j’estime que le présent pourvoi est plus simple que l’affaire *Egan*. En effet, il porte sur l’obligation alimentaire qui constitue une caractéristique essentielle du mariage lui-même, bien qu’elle ait été étendue aux couples de sexe différent qui cohabitent. On ne peut pas en dire autant (du moins pas dans la même mesure) des prestations que verse l’État aux couples de sexe différent dont il était question dans l’arrêt *Egan*. L’obligation alimentaire entre conjoints est indiscutablement une caractéristique essentielle de l’institution du mariage elle-même. Il est vrai que le législateur a étendu cette obligation aux couples de sexe différent non mariés qui cohabitent. Cependant, cela ne doit pas masquer le fait que cette extension a été soigneusement conçue pour atteindre un objectif précis, et que la nature de l’obligation a été établie dans le contexte du mariage bien avant qu’elle ne soit étendue aux couples de sexe différent non mariés qui cohabitent. J’estime donc que la déclaration faite par le juge Cory selon laquelle «le présent pourvoi n’a rien à voir avec le mariage comme tel» (par. 52) n’est pas du tout convaincante.

232

The Legislative Assembly has restricted the meaning of “spouse” in Part III of the *FLA*. However, it is critical to see that the restriction has not been made on the basis of stereotypical assumptions regarding group or personal characteristics, as set out in para. 64 of Iacobucci J.’s reasons in *Law*, and as I have set out above. To the contrary, s. 29’s definition of “spouse” corresponds with an accurate account of the actual needs, capacity and circumstances of opposite-sex couples as compared to others, including same-sex couples. Those differences stem, in part, from the biological reality that only opposite-sex couples can bear children. That biological reality means that opposite-sex couples play a unique social role. That social role often leads to the well-established economic vulnerability of women in long-term opposite-sex

L’Assemblée législative a restreint le sens du mot «conjoint» dans la partie III de la *LDF*. Cependant, il est crucial de constater que la restriction n’a pas été établie sur le fondement de prémisses stéréotypées relatives à des caractéristiques personnelles ou de groupe, comme le dit, au par. 64, le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law* et comme je l’ai moi-même déjà expliqué dans les présents motifs. Au contraire, la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 correspond à une appréciation juste des besoins, des capacités et de la situation propres aux couples de sexe différent, par rapport à d’autres personnes, dont les couples de même sexe. Ces différences découlent en partie de la réalité biologique qui veut que seuls les couples de sexe différent puissent procréer. Cette réalité biologique signifie que les couples de sexe différent jouent un rôle social unique. Ce rôle social conduit souvent à la vulnérabilité écono-

relationships, often (though not always) stemming from the decision to bear and raise children.

Cohabiting opposite-sex couples are the natural and most likely site for the procreation and raising of children. This is their specific, unique role. Section 29 of the *FLA* is specially structured to meet this reality. This can be seen from the fact that the necessary cohabitation period to come within the scope of the section is reduced where there is a child of the relationship. As well, a child may make a claim under Part III of the *FLA* against his or her parents, regardless of the parents' relationship when the child was conceived, raised, or thereafter (s. 31).

This unique social role of opposite-sex couples has two related features. First, it is notorious, as my colleague Iacobucci J. noted in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 762, that "women bear a disproportionate share of the child care burden in Canada", and that this burden is borne both by working mothers and mothers who stay at home with their children. The second feature is that one partner (most often the woman) tends to become economically dependent upon the other.

The evidence is uncontroverted that women in long-term opposite-sex relationships tend to become economically dependent upon their spouses. This dependence arises for several related reasons. First, women as a group are economically disadvantaged by comparison to men. Women, on average, earn less than men do. A woman cohabiting in an opposite-sex relationship is thus likely to earn less than her male partner. This relative economic disadvantage is both the cause and the effect of gender roles. Second, women in long-term opposite-sex relationships commonly — though, I emphasize, not inevitably — waive educational and employment opportunities or prospects for economic advancement in order to bear

mique, depuis longtemps reconnue, des femmes vivant en union à long terme avec une personne de sexe différent, vulnérabilité qui découle souvent (quoique pas toujours) de la décision d'avoir et d'élever des enfants.

Les couples de sexe différent qui cohabitent créent le milieu naturel et habituel pour la procréation et l'éducation des enfants. Il s'agit de leur rôle particulier et unique. L'article 29 de la *LDF* est formulé expressément en fonction de cette réalité. Cela ressort du fait que la période de cohabitation nécessaire pour qu'un couple soit visé par cet article est réduite lorsqu'un enfant naît de l'union. De même, un enfant peut présenter une demande fondée sur la partie III de la *LDF* et la diriger contre ses parents, quel que soit le lien qui unissait ses parents au moment où il a été conçu, élevé, ou par la suite (art. 31).

Ce rôle social propre aux couples de sexe différent, possède deux caractéristiques interreliées. En premier lieu, il est notoire, comme le souligne mon collègue le juge Iacobucci dans l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 762, que «les femmes assument une part disproportionnée du fardeau de la garde des enfants au Canada», et que ce fardeau est assumé tant par les mères qui travaillent à l'extérieur que par celles qui s'occupent des enfants au foyer. La deuxième caractéristique est que l'un des partenaires (le plus souvent la femme) tend à devenir financièrement dépendant de l'autre.

Il n'est pas contesté que les femmes qui vivent en union à long terme avec une personne de sexe différent ont tendance à devenir financièrement dépendantes de leur conjoint. Cette dépendance résulte de plusieurs facteurs connexes. Premièrement, les femmes en tant que groupe sont défavorisées sur le plan économique par rapport aux hommes. Le salaire moyen des femmes est inférieur à celui des hommes. La femme qui forme une union et cohabite avec une personne de sexe différent touche vraisemblablement un salaire inférieur à celui de son partenaire masculin. Ce désavantage économique relatif est à la fois la cause et l'effet des rôles masculins et féminins. Deuxièmement, il arrive souvent — bien que, je tiens à le souligner,

233

234

235

and raise children and to shoulder a greater share of domestic responsibilities. They are also more likely to choose employment that facilitates temporary exit from and subsequent re-entry into the work force, employment that tends to be more insecure and to pay less.

cela ne soit pas inévitable — que les femmes qui vivent en union à long terme avec une personne de sexe différent renoncent à des possibilités de formation et d'emploi qui auraient pu être bénéfiques sur le plan économique, afin d'avoir et d'élever des enfants et d'assumer une plus grande partie des obligations familiales. Elles sont également davantage susceptibles de choisir des emplois qui facilitent un retrait temporaire du marché du travail et un retour ultérieur, des emplois qui ont tendance à être moins stables et moins rémunérateurs.

236 Of course, not all procreation takes place within marriage. Indeed, recognition of this growing reality was an important impetus to the legislature's decision to extend certain rights and obligations to unmarried common law opposite-sex couples in the 1970s. There is, obviously, no requirement that married couples bear children, or have the capacity to do so. Some married couples are unable to have children. Some choose not to have children. Some married couples adopt children. Conversely, it is possible for same-sex couples to have children, either from previous opposite-sex relationships, through adoption, or through artificial insemination. So too, of course, can some single individuals. These circumstances are, however, as La Forest J. observed in *Egan, supra*, at para. 26, "exceptional". To acknowledge that they exist does not alter the demographic, social, and biological reality that the overwhelming majority of children are born to, and raised by, married or cohabiting couples of the opposite sex, and that they are the only couples capable of procreation. Indeed, by definition, no child can be born of a same-sex union: a third party must be involved.

Bien entendu, la procréation n'a pas exclusivement lieu dans le cadre du mariage. Certes, la reconnaissance de cette réalité de plus en plus répandue a été un facteur important qui a incité le législateur à étendre certains droits et obligations aux conjoints de fait de sexe différent dans les années 1970. Manifestement, il n'est pas obligatoire que les couples mariés aient des enfants ni qu'ils soient capables d'en avoir. Certains couples mariés sont incapables d'avoir des enfants. Certains choisissent de ne pas en avoir et certains en adoptent. Inversement, il est possible que certains couples de même sexe aient des enfants qui sont soit issus d'unions antérieures avec des personnes de sexe différent, soit adoptés, soit le fruit d'une insémination artificielle. Cela peut évidemment être aussi le cas de certains célibataires. De telles circonstances sont cependant «exceptionnel[les]», comme l'a fait remarquer le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 26. Reconnaître leur existence ne change en rien la réalité démographique, sociale et biologique, soit que la très grande majorité des enfants sont procréés et élevés par des couples de sexe différent qui sont mariés ou cohabitent, et que seuls ces couples sont capables de procréer. En effet, par définition, aucun enfant ne peut être issu d'une union entre personnes de même sexe: un tiers doit nécessairement intervenir.

237 Even in the absence of children, women in cohabiting opposite-sex relationships often take on increased domestic responsibilities which limit their prospects for outside employment, precisely because their lower average earnings make this an efficient division of labour for the couple. Again,

Même en l'absence d'enfants, il arrive souvent que les femmes qui forment une union et cohabitent avec une personne de sexe différent s'acquittent d'un plus grand nombre d'obligations familiales qui diminuent leurs chances de se trouver un emploi sur le marché du travail, précisément parce

gender roles are both a cause and effect of this division of labour. If the relationship breaks down, the woman is usually left in a worse situation, probably with impaired earning capacity and limited employment opportunities. The economic disadvantages faced by women upon the breakdown of opposite-sex relationships, as indicated by reduced earning capacity, more fragile employment prospects, and underinvestment in education and training, occur for the very reason that the woman did not anticipate that she would have to support herself. She engaged in a division of labour with her former partner in the expectation that such an arrangement would yield a higher joint economic position.

Moreover, if there are children from the relationship, the woman is far more likely to have custody of them upon breakdown. Although the cost of supporting the children is addressed by the *FLA*'s recognition, in s. 31, of an obligation of parents to support their children, custody of children makes it more difficult for a woman to earn a living, because it reduces her opportunities to work. These features, of course, are not present in all long-term opposite-sex relationships, and such evidence as there is suggests that as women's legal equality is increasingly reflected in social and economic fact, women in long-term opposite-sex relationships as a group are likely to become less susceptible to economic dependence upon their male partners. Nonetheless, the dynamic I have described continues to be manifested in a great many such relationships and has a well-established empirical basis and deep historical roots.

Although in most cases, the woman in an opposite-sex relationship will be the one to suffer from the systemic dynamic of dependence, this will not

que leur salaire moyen moins élevé fait qu'un tel arrangement constitue un partage des tâches rentable pour le couple. Encore une fois, les rôles masculins et féminins sont à la fois la cause et l'effet de ce partage des tâches. En cas de rupture, la situation de la femme se détériore habituellement et il est probable que sa capacité de gagner sa vie soit diminuée et que ses chances de se trouver un emploi soient limitées. Les désavantages économiques que subissent des femmes à la suite de la rupture d'une union avec une personne de sexe différent, qui prennent la forme d'une diminution de leur capacité de gagner leur vie, de possibilités d'emploi plus précaires, et d'un manque d'instruction et de formation, découlent justement du fait qu'elles n'ont pas prévu qu'elles devraient un jour subvenir elles-mêmes à leurs besoins. Elles ont partagé les tâches avec leur ancien partenaire en pensant qu'un tel arrangement serait plus bénéfique pour la santé économique du couple.

En outre, lorsque des enfants sont nés de l'union, il est beaucoup plus probable que la femme en ait la garde à la suite de la rupture de l'union. Bien que l'art. 31 de la *LDF* tienne compte de ce qu'il en coûte pour subvenir aux besoins des enfants en reconnaissant que les parents ont l'obligation de leur fournir des aliments, les femmes qui ont la garde des enfants ont davantage de difficultés à gagner leur vie, car cela diminue leurs chances de se trouver un emploi. Bien entendu, toutes les unions à long terme entre personnes de sexe différent ne présentent pas ces caractéristiques, et les éléments de preuve donnent à penser que l'égalité des femmes sur le plan juridique se reflétant de plus en plus dans la vie sociale et économique, il est probable que les femmes qui forment de telles unions en viendront, en tant que groupe, à moins dépendre de leur conjoint sur le plan financier. Néanmoins, la dynamique que j'ai évoquée continue de se manifester dans de nombreuses unions de cette nature; elle a un fondement empirique bien établi et plonge ses racines profondément dans l'histoire.

Bien que dans la plupart des cas, ce sera la femme formant une union avec une personne de sexe différent qui souffrira d'une dynamique de

always be the case. As I discussed above, as women's economic situation improves, more claims will likely be brought by men in the future. However, I emphasize that while women are the primary group who suffer from this dynamic of dependence, they are not the exclusive group. The evidence before this Court demonstrates that when the female partner is not suffering from this dynamic of dependence, the male partner often is. In 1992, for example, 25.2 percent of all married couples were characterized by the wife being the full-time wage-earner, and the husband either working part-time or not at all: Statistics Canada, *Family Expenditure in Canada 1992* (1994), at p. 160. Studies presented to this Court demonstrate that when men are in such a position, they expect less from their partner in housework: P. Blumstein and P. Schwartz, *American Couples* (1983), at p. 151. In other words, the dynamic of dependence also exists for men in opposite-sex relationships, as a type of "division of labour" is created, where the man will often assume additional duties at home while his partner is at work: M. S. Schneider, "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986), at p. 234. Other evidence submitted to this Court demonstrate other forms of dependency that are similarly unique to individuals in opposite-sex relationships: J. M. Lynch and M. E. Reilly, "Role Relationships: Lesbian Perspectives", *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86), at p. 53. Although the dynamic of dependence unique to opposite-sex relationships plays out differently for men, it flows from similar factors: in essence, the dynamic of dependence reduces autonomy and increases attachment in heterosexual relationships: *ibid.*, at p. 56.

dépendance systémique, il n'en sera pas toujours ainsi. Comme je l'ai dit précédemment, à mesure que la situation économique des femmes s'améliorera, le nombre des demandes présentées par des hommes augmentera probablement. Cependant, j'insiste sur le fait que si les femmes sont le principal groupe visé par cette dynamique de dépendance, il reste qu'elles ne constituent pas le seul groupe. Les éléments de preuve présentés devant notre Cour établissent que lorsque le partenaire féminin ne souffre pas de cette dynamique de dépendance, le partenaire masculin en est souvent victime. En 1992, par exemple, dans 25,2 pour 100 des couples mariés, la femme occupait un emploi rémunéré à temps plein alors que le mari travaillait à temps partiel ou n'occupait pas d'emploi rémunéré: Statistique Canada, *Dépenses des familles au Canada, 1992* (1994), à la p. 160. Des études produites devant notre Cour révèlent que lorsque les hommes sont placés dans cette situation, ils s'attendent à ce que leur partenaire assume une moindre part des travaux ménagers: P. Blumstein et P. Schwartz, *American Couples* (1983), à la p. 151. En d'autres termes, la dynamique de dépendance joue aussi pour les hommes qui forment une union avec une personne de sexe différent car il y a création d'une sorte de «partage des tâches» en vertu duquel l'homme s'acquittera souvent de travaux domestiques supplémentaires alors que sa partenaire travaille: M. S. Schneider, «The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison», *Psychology of Women Quarterly*, 10 (1986), à la p. 234. D'autres éléments de preuve soumis à notre Cour établissent l'existence d'autres formes de dépendance également particulières aux personnes formant une union avec une personne de sexe différent: J. M. Lynch et M. E. Reilly, «Role Relationships: Lesbian Perspectives», *Journal of Homosexuality*, 12(2) (Winter 1985/86), à la p. 53. Bien que la dynamique de dépendance particulière aux unions entre personnes de sexe différent s'articule de manière différente pour les hommes, elle découle de facteurs similaires: essentiellement, la dynamique de dépendance réduit l'autonomie et fait croître l'attachement au sein des unions hétérosexuelles: *ibid.*, à la p. 56.

These realities are captured in the status of “spouse”. To my mind, they are realities that the legislature may address by extending some (though not all) of the rights and obligations that attach to marriage to cohabiting opposite-sex couples (again, it must not be forgotten that not all opposite-sex couples are included within the scope of the definition) without transgressing constitutional boundaries on legislative action if it does not also extend them to same-sex couples. It is both legitimate and reasonable for the Legislative Assembly to extend special treatment to an important social institution. The position I advance also finds support in foreign jurisprudence, including the recent decision of the Court of Justice of the European Communities in *Grant v. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449, at paras. 35-36.

It is this dynamic of dependence that the legislature has sought to address by way of Part III of the *FLA*. The question before this Court is whether the *Charter* compels the extension of the legislature’s efforts to address this problem to long-term same-sex couples. In arguing that the *Charter* does just that, the respondent M. and several of the interveners contend that long-term same-sex relationships manifest many of the features of long-term opposite-sex relationships. This may well be true. But to my mind, this argument is inadequate. It fails to demonstrate that the specific feature of long-term opposite-sex relationships that the legislature has sought to address by way of Part III of the *FLA*, what I have called the dynamic of dependence, is also present in long-term same-sex relationships. Indeed, it is almost certain that it could not be, because the dependency of women in long-term opposite-sex relationships arises precisely because they are opposite-sex relationships. There is simply no evidence that same-sex couples in long-term relationships exhibit this type of dependency in any significant numbers.

L’état de «conjoint» traduit ces réalités. À mon avis, il s’agit de réalités dont le législateur peut traiter en étendant certains (mais non l’ensemble) des droits et obligations rattachés au mariage aux couples de sexe différent qui cohabitent (encore une fois, il ne faut pas oublier que tous les couples de sexe différent ne sont pas visés par la définition), sans pour autant transgresser les limites constitutionnelles imposées à l’action législative s’il n’étend pas également ces droits et obligations aux couples de même sexe. L’Assemblée législative peut légitimement et raisonnablement accorder un traitement spécial à une institution sociale importante. Mon point de vue est également étayé par la jurisprudence étrangère, notamment par l’arrêt que la Cour de justice des Communautés européennes a récemment rendu dans l’affaire *Grant c. South-West Trains Ltd.*, [1998] I.C.R. 449, aux par. 35 et 36.

C’est précisément pour s’attaquer à cette dynamique de dépendance que le législateur a adopté la partie III de la *LDF*. La question que doit trancher notre Cour est de savoir si la *Charte* exige que les mesures prises par le législateur pour résoudre ce problème soient étendues aux couples de même sexe qui sont stables. En faisant valoir que tel est le cas, l’intimée M. et plusieurs des intervenants soutiennent que les unions durables entre personnes de même sexe présentent bon nombre des caractéristiques des unions durables entre personnes de sexe différent. C’est fort possible. Cependant, à mon avis, cet argument est insuffisant car il n’établit pas que la caractéristique particulière des unions durables entre personnes de sexe différent à laquelle le législateur a voulu s’attaquer en adoptant la partie III de la *LDF*, et que j’ai appelée la dynamique de dépendance, s’applique également aux unions durables entre personnes de même sexe. En fait, il est presque certain qu’il ne saurait en être ainsi, étant donné que la dépendance des femmes qui ont formé une union durable avec une personne de sexe différent résulte précisément de la formation d’une telle union. Il n’existe tout simplement aucune preuve établissant qu’un nombre important d’unions durables entre personnes de même sexe engendrent ce type de dépendance.

242

Indeed, the evidence before us is to the contrary. That evidence indicates that lesbian relationships are characterized by a more even distribution of labour, a rejection of stereotypical gender roles, and a lower degree of financial interdependence than is prevalent in opposite-sex relationships: Schneider, *supra*, at p. 237. Same-sex couples are much less likely to adopt traditional sex roles than are opposite-sex couples: M. Cardell, S. Finn and J. Marecek, "Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Spring 1981), at pp. 492-93. Indeed, "research shows that most lesbians and gay men actively reject traditional husband-wife or masculine-feminine roles as a model for enduring relationships": L. A. Peplau, "Lesbian and Gay Relationships", in J. C. Gonsiorek and J. D. Weinrich, eds., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy* (1991), 177, at p. 183.

243

The evidence before us also indicates that partners in a lesbian couple are more likely to each pursue a career and to work outside the home than are partners in an opposite-sex couple: *ibid.*, at pp. 183-84; N. S. Eldridge and L. A. Gilbert, "Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples", *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990), at p. 44. As members of same-sex couples are, obviously, of the same sex, they are more likely than members of opposite-sex couples to earn similar incomes, because no male-female income differential is present. For the same reason, the gendered division of domestic and child-care responsibilities that continues to characterize opposite-sex relationships simply has no purchase in same-sex relationships.

244

Undoubtedly, in some same-sex relationships, one partner may become financially dependent on the other. This may happen for any number of reasons, including explicit or implicit agreement,

En fait, la preuve devant nous va dans le sens contraire. Elle indique que les unions de lesbiennes se caractérisent par un partage plus équitable des tâches, un rejet des rôles féminins et masculins stéréotypés et un degré plus faible d'interdépendance financière comparativement aux unions entre personnes de sexe différent: Schneider, *loc. cit.*, à la p. 237. Les couples de même sexe sont beaucoup moins susceptibles d'adopter des rôles féminins et masculins traditionnels que les couples de sexe différent: M. Cardell, S. Finn et J. Marecek, «Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples», *Psychology of Women Quarterly*, 5(3) (Printemps 1981), aux pp. 492 et 493. En fait, [TRADUCTION] «des travaux de recherche établissent que la plupart des lesbiennes et des gais rejettent activement les rôles traditionnels de mari et femme ou d'homme et de femme en tant que modèle d'unions durables»: L. A. Peplau, «Lesbian and Gay Relationships», dans J. C. Gonsiorek et J. D. Weinrich, dir., *Homosexuality: Research Implications for Public Policy* (1991), 177, à la p. 183.

La preuve devant nous indique également que les membres d'un couple de lesbiennes sont plus susceptibles de faire carrière et de travailler à l'extérieur du foyer, que les membres d'un couple de sexe différent: *ibid.*, aux pp. 183 et 184; N. S. Eldridge et L. A. Gilbert, «Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples», *Psychology of Women Quarterly*, 14 (1990), à la p. 44. Les membres d'un couple de même sexe étant, bien entendu, du même sexe, il est plus probable qu'ils aient des salaires similaires comparativement aux membres d'un couple de sexe différent puisque l'écart entre les revenus des hommes et des femmes ne se fait pas sentir dans leur cas. Pour la même raison, le partage des obligations familiales et des soins à donner aux enfants selon le sexe qui caractérise encore les unions entre personnes de sexe différent n'existe tout simplement pas dans le cas d'unions entre personnes de même sexe.

À l'évidence, il se peut que dans certaines unions entre personnes de même sexe, l'un des partenaires en vienne à dépendre de l'autre sur le plan financier. Cela peut se produire pour nombre

differences in age, health, or education, and so on. However, no pattern of dependence emerges. Put another way, dependence in same-sex relationships is not systemic: it does not exhibit the gendered dependency characteristic of many cohabiting opposite-sex relationships. Due to the high degree of equality observed in lesbian relationships, very few women were dependent on their same-sex partners for financial support, and even differences in income between same-sex partners did not affect women's perception of their financial dependence on one another in same-sex relationships: Lynch and Reilly, *supra*, at p. 66.

Mere need in an individual case, unrelated to systemic factors, is, in my view, insufficient to render the *FLA*'s scheme constitutionally underinclusive. This is especially true because the scheme involves, in counterpart to an access to support, a restriction on freedom and a burden. Taken as a group, same-sex relationships simply do not resemble opposite-sex relationships on this fundamental point. Consequently, I see no reason why the *Charter* requires the legislature to treat them identically with regard to it. The *FLA* scheme was intended to address need of a particular kind, and does so. There is no evidence that that particular need exists to any significant degree outside of long-term opposite-sex relationships. Consequently, although the distinction drawn by s. 29 of the *FLA* undoubtedly denies a benefit to individuals in same-sex couples, and the distinction may be seen, in its effects, to be drawn on the basis of sexual orientation, no discrimination arises, because no stereotypical assumptions motivate the distinction. On the contrary, the legislation takes into account the claimant's actual need, capacity and circumstances as compared with individuals in

de raisons, notamment la conclusion d'une entente explicite ou implicite, la présence de différences sur le plan de l'âge, de la santé ou de l'instruction, etc. Cependant, on ne peut en déduire un scénario-type donnant naissance à un lien de dépendance. En d'autres termes, la dépendance n'est pas systématique dans les unions entre personnes de même sexe: elle n'est pas fonction du sexe comme dans bon nombre d'unions entre personnes de sexe différent qui cohabitent. Vu le degré élevé d'égalité que l'on remarque chez les unions lesbiennes, très peu de femmes dépendent de leur partenaire de même sexe sur le plan financier, et même des différences entre les revenus des partenaires n'ont aucune incidence sur la façon dont les femmes vivant en union avec une personne de même sexe perçoivent l'interdépendance économique qui existe entre elles: Lynch et Reilly, *loc. cit.*, à la p. 66.

Selon moi, le simple état de besoin, non lié à des facteurs systémiques, ne permet pas de conclure que le régime prévu par la *LDF* a une portée trop limitative sur le plan constitutionnel. Cela est particulièrement vrai étant donné que le régime impose, en contrepartie du bénéfice de l'obligation alimentaire, une restriction à la liberté et un fardeau. Les unions entre personnes de même sexe, envisagées en tant que groupe, ne ressemblent tout simplement pas aux unions entre personnes de sexe différent sous cet aspect fondamental. En conséquence, je ne vois pas pourquoi la *Charte* exigerait que le législateur les traite de façon identique sur ce point. Le régime prévu par la *LDF* a été conçu pour répondre à un besoin d'une nature particulière, ce qu'il fait. Aucune preuve n'établit que ce besoin particulier se fait sentir avec quelque acuité hors des unions à long terme entre personnes de sexe différent. En conséquence, bien que la distinction établie par l'art. 29 de la *LDF* prive sans aucun doute d'un avantage les personnes qui forment des couples de même sexe et qu'elle puisse être considérée, en raison de ses effets, comme étant fondée sur l'orientation sexuelle, il n'en résulte aucune discrimination, étant donné qu'aucune prémisse stéréotypée ne motive la distinction établie par la loi. Au contraire, la loi prend en compte les besoins, les capacités et la situation

opposite-sex couples and by doing so it does not violate human dignity.

246

Indeed, the then Chair of the Ontario Law Reform Commission, discussing the Commission's 1993 Report, made just such an observation (J. D. McCamus, "Family Law Reform in Ontario", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality* (1994), 451, at pp. 470-71):

The provisions of the *Family Law Act* appear to be designed to give effect to the sorts of reasonable expectations and to compensate for the kinds of uncompensated contributions that are likely to occur in marital relationships and in unmarried heterosexual relationships that follow a similar pattern. The kinds of expectations and contributions that arise in these contexts rest, to some extent at least, on gender-based assumptions concerning such questions as the division of labour within the home and the making of decisions concerning career choices and other economic matters. . . . The general pattern of such relationships, and, moreover the confusion generated by partial coverage, was sufficient justification, in the Commission's view, to warrant inclusion of unmarried heterosexual couples on an ascriptive basis. It was also the Commission's view, however, that we have, at the present time, no sound basis for assuming that similar considerations would apply to significant numbers of gay and lesbian couples. It may be that gay and lesbian relationships do not, as a general proposition, correspond to the same model and accordingly, that equality considerations do not demand identical treatment. [Emphasis added.]

247

My colleague Iacobucci J. concedes this point in stating that "there is evidence to suggest that same-sex relationships are not typically characterized by the same economic and other inequalities which affect opposite-sex relationships" (para. 110). In his view, however, this only goes to show that allowing members of same-sex couples to bring applications under Part III of the *FLA* might not, as a practical matter, result in the award of many support orders, because such individuals would only

véritables de la demanderesse par rapport aux personnes formant des couples de sexe différent, et, ce faisant, elle ne porte pas atteinte à la dignité humaine.

En fait, le président de la Commission de réforme du droit de l'Ontario de l'époque, parlant du rapport de 1993 de la Commission, a justement fait une remarque en ce sens (J. D. McCamus, «Family Law Reform in Ontario», dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality* (1994), 451, aux pp. 470 et 471):

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi sur le droit de la famille* paraissent avoir été conçues afin de répondre aux attentes raisonnables et de compenser les contributions auxquelles sont susceptibles de donner lieu les unions matrimoniales et les unions de nature similaire entre personnes non mariées de sexe différent. Les types d'attentes et de contributions auxquelles ces contextes donnent lieu reposent, du moins dans une certaine mesure, sur des prémisses fondées sur le sexe en ce qui concerne des questions telles le partage des tâches au foyer et la prise de décisions au sujet des choix de carrières et d'autres questions de nature économique. [. . .] Les situations qu'engendrent habituellement de telles unions et, en outre, la confusion qui résulte d'une couverture partielle, suffisaient à justifier, de l'avis de la Commission, l'inclusion, sur une base attributive, des couples hétérosexuels non mariés. La Commission était également d'avis, cependant, qu'aucun fondement solide ne nous permet présentement de supposer que des considérations similaires s'appliqueraient à un nombre important de couples de gais et de lesbiennes. Il se peut que les unions entre personnes de même sexe ne correspondent pas, en général, au même modèle et qu'en conséquence, des considérations en matière d'égalité n'exigent pas que leur soit accordé un traitement identique. [Je souligne.]

Mon collègue le juge Iacobucci concède ce point quand il dit qu'«il y [a] des éléments de preuve tendant à démontrer que les unions entre personnes de même sexe ne sont pas d'ordinaire caractérisées par les mêmes inégalités, économiques et autres, que celles qui frappent les unions entre personnes de sexe différent» (au par. 110). À son avis, cependant, cela démontre simplement que le fait de permettre aux membres de couples de même sexe de présenter des demandes en vertu de

infrequently exhibit the dependence or need necessary to obtain an award. This leads Iacobucci J. to the conclusion that the mere prediction that few claims by members of same-sex couples would succeed if such claims could be brought cannot be used to support the position that such claims should be barred from the beginning. As I discussed earlier, this same line of thought pervades the reasons of my colleague Bastarache J.

However, this contention also proves too much. Indeed, as Professor (now Dean) Hogg indicates (*Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at s. 52.7(b)), carried to its logical conclusion, few limitations upon the category of individuals eligible to seek a support order under Part III of the *FLA* could withstand constitutional scrutiny. Friends who share an apartment do not typically exhibit a relationship of financial dependence. Yet there may be particular cases in which they do, and if so, according to my colleague's reasoning, at least so long as an enumerated or analogous ground can be located, be it race, age, physical handicap or other, one of them should be able to seek a spousal support order under Part III of the *FLA*, because the legislation would have failed to take into account their already disadvantaged position within Canadian society: *Law, supra*, at para. 88. I find this reasoning unattractive. As I indicated in *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, at para. 143, "legislation must be assessed in terms of the majority of cases to which it applies. The fact that it may create a disadvantage in certain exceptional cases while benefiting a legitimate group as a whole does not justify the conclusion that it is prejudicial." Indeed, such was the case in *Law*, where it was shown that, in the exceptional case, some younger women may be less capable of providing for their own long-term need. In this case, many couples (and indeed, groups) live in relationships not comprehended by s. 29's defini-

la partie III de la *LDF* pourrait, en pratique, ne pas entraîner de nombreuses ordonnances alimentaires, étant donné que ces demandeurs parviendraient rarement à démontrer l'existence dans leur cas du lien de dépendance ou de l'état de besoin nécessaire pour obtenir gain de cause. Cela amène le juge Iacobucci à conclure que le seul fait de prévoir que peu de demandes formulées par des membres de couples de même sexe seraient accueillies, dans l'hypothèse où ceux-ci pourraient présenter de telles demandes, ne peut étayer la prétention selon laquelle les demandes de cette nature devraient, au départ, être interdites. Comme je l'ai mentionné précédemment, le même genre de raisonnement se retrouve dans les motifs de mon collègue le juge Bastarache.

Toutefois, cette affirmation va, elle aussi, trop loin. En effet, comme l'indique le professeur (maintenant le doyen) Hogg (*Constitutional Law of Canada* (éd. à feuilles mobiles), vol. 2, à l'al. 52.7(b)), si l'on pousse ce raisonnement à sa conclusion logique, peu de restrictions apportées à la catégorie des personnes admises à présenter une demande visant à obtenir une ordonnance alimentaire en vertu de la partie III de la *LDF* résisteraient à un examen constitutionnel. Habituellement, les amis qui partagent un appartement n'ont pas de lien de dépendance financière. Pourtant, il se pourrait qu'un tel lien existe dans certains cas et, selon le raisonnement de mon collègue, du moins dans la mesure où il serait possible de déceler un motif énuméré ou analogue, qu'il s'agisse de la race, de l'âge, d'un handicap physique ou autre, l'un d'eux pourrait alors demander une ordonnance alimentaire à titre de conjoint en vertu de la partie III de la *LDF* parce que la loi n'aurait pas pris en compte leur situation déjà défavorisée dans la société canadienne: *Law*, précité, au par. 88. Je ne trouve pas ce raisonnement attrayant. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, au par. 143, «une loi doit être évaluée selon la généralité des cas auxquels elle s'adresse. Le désavantage qu'elle peut engendrer dans des cas d'exception alors qu'elle bénéficie à l'ensemble d'un groupe légitime ne justifie pas de conclure qu'elle cause préjudice». C'était d'ailleurs le cas dans l'affaire *Law*, où il est établi qu'il

tion of “spouse”. Thus, the distinction drawn by the *FLA* is not between (1) opposite-sex couples and (2) same-sex couples; it is between (1) certain opposite-sex couples and (2) all non-spousal relationships.

249

I pause to underline that nothing in my reasons should be taken as suggesting that same-sex couples are incapable of forming enduring relationships of love and support, nor do I wish to imply that individuals living in same-sex relationships are less deserving of respect. To this end, I reiterate the position that the Court recently adopted in *Vriend*, *supra*, where I concurred with the majority reasons of Cory and Iacobucci JJ., that discrimination on the basis of sexual orientation is abhorrent and corrosive of our values. However, the difference between this case and *Vriend* is that in this case the Legislative Assembly has not discriminated on the basis of arbitrary distinctions or stereotypes. In *Vriend*, the stated purpose of the legislation was to address comprehensively discrimination in several contexts such as employment and housing. By failing to include sexual orientation as one of the protected grounds, the legislation was thus found to be “underinclusive”, having regard to its stated purpose. Unlike those listed in the legislation, homosexuals were denied access to the remedial procedures specifically designed to redress discrimination. Whereas in *Vriend*, the target of the legislation was those individuals who suffered discrimination in these contexts, the legislation here is entirely different. Here, we are asked whether the legislature violates the *Charter* by imposing a special support regime on individuals who are in a particular type of relationship that fulfills a special social function, and has special needs, without extending that support regime to other types of relationships which do not, as a group, fulfil a similar role or exhibit those needs. Considering all of the contextual factors,

peut arriver, dans un cas exceptionnel, que des jeunes femmes soient moins en mesure d’assumer leurs propres besoins à long terme. Dans la présente affaire, bon nombre de couples (et de groupes, en fait) forment des unions qui ne sont pas visées par la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29. En conséquence, la distinction établie par la *LDF* n’est pas entre 1) les couples de sexe différent et 2) les couples de même sexe; elle est plutôt entre 1) certains couples de sexe différent et 2) toutes les unions entre personnes qui ne sont pas des conjoints.

J’ouvre une parenthèse pour souligner que rien dans mes motifs ne doit être interpréter comme donnant à penser que les couples de même sexe sont incapables de former des unions durables empreintes d’amour et d’entraide, ni que je veuille laisser entendre que les personnes qui vivent en union avec une personne du même sexe sont moins dignes de respect. À cette fin, je réitère l’opinion que notre Cour a récemment exprimée dans l’arrêt *Vriend*, précité, où j’ai souscrit aux motifs des juges majoritaires, exposés par les juges Cory et Iacobucci, selon lesquels la discrimination fondée sur l’orientation sexuelle est odieuse et mine nos valeurs. Cependant, la différence entre la présente affaire et l’affaire *Vriend*, c’est qu’en l’espèce, l’Assemblée législative n’a pas fait de discrimination fondée sur des distinctions ou des stéréotypes arbitraires. Dans *Vriend*, l’objet déclaré de la loi était de remédier de façon globale à la discrimination existant dans plusieurs contextes, comme l’emploi et le logement. Parce qu’elle omettait d’inclure l’orientation sexuelle comme l’un des motifs contre lesquels la loi protégeait, elle a été jugée «trop limitative», compte tenu de son objet déclaré. Contrairement aux personnes se trouvant dans les situations énumérées dans la loi, les homosexuels étaient privés de l’accès aux procédures réparatrices expressément conçues pour remédier à la discrimination. Alors que dans *Vriend*, la loi visait les personnes victimes de discrimination dans ces situations, la loi en cause en l’espèce est totalement différente. Dans la présente affaire, on nous demande si le législateur porte atteinte à la *Charte* en imposant un régime d’obligation alimentaire particulier aux personnes qui

I believe that the question must be answered in the negative. While discrimination on the basis of sexual orientation is abhorrent, mere distinction that takes into account the actual circumstances of the claimant and comparison group in a manner which does not violate the claimant's human dignity is not.

Individuals must be treated with equal respect. They must not be discriminated against on the basis of the stereotypical application of irrelevant personal characteristics. Yet the state is not barred from recognizing that some relationships fulfil different social roles and have specific needs, and responding to this reality with positive measures to address those differences. The state may, in certain circumstances, draw distinctions on the basis of accurate personal characteristics, where those characteristics are germane to the legislative goal. As Iacobucci J. stated in *Law, supra*, in some cases "such a difference in treatment [will be] appropriate in light of the historical, biological and sociological differences" between the claimant and comparison group (para. 71). In my view, the principles adopted by the Legislative Assembly to govern spousal support under Part III of the *FLA* do not infringe any constitutional requirements, and as a consequence, are within the scope of legislative competence.

It is plain to any observer that same-sex couples may, and do, form relationships which are similar in many ways to those formed by opposite-sex couples. Much of the respondent M.'s argument and evidence sought to demonstrate the similarities between same-sex relationships and opposite-sex relationships. Same-sex couples may exhibit companionship, love, loyalty, and economic intermingling. The underlying assumption of the respondent M.'s argument is that s. 29 relies on a

forment un type précis d'unions qui remplit une fonction sociale spéciale et a des besoins particuliers, sans l'étendre à d'autres types d'unions qui, dans leur ensemble, ne jouent pas un rôle similaire ou n'ont pas les mêmes besoins. Tenant compte de l'ensemble des facteurs contextuels, j'estime que la question doit recevoir une réponse négative. Bien que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle soit ignoble, ce n'est pas le cas de la simple distinction qui prend en compte la situation véritable du demandeur et du groupe de comparaison d'une manière qui ne porte pas atteinte à la dignité humaine du demandeur.

Tous doivent être traités avec le même respect. La discrimination fondée sur l'application stéréotypée de caractéristiques personnelles non pertinentes est prohibée. Pourtant, il n'est pas interdit à l'État de reconnaître que certaines unions jouent des rôles sociaux différents et ont des besoins particuliers, non plus que de répondre à cette réalité en prenant des mesures positives pour traiter de ces différences. L'État peut, dans certaines circonstances, établir des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles reflétant la réalité, lorsque ces caractéristiques sont liées au but poursuivi par la loi. Comme le juge Iacobucci le dit dans l'arrêt *Law*, précité; dans certains cas, «cette différence de traitement [est] appropriée compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques» entre le demandeur et le groupe de comparaison (par. 71). À mon avis, les principes que l'Assemblée législative a adoptés pour régir l'obligation alimentaire entre conjoints dans la partie III de la *LDF* ne contreviennent à aucune exigence constitutionnelle et, en conséquence, ils relèvent de sa compétence législative.

Il est évident que des personnes de même sexe peuvent former, et forment effectivement, des unions qui, à de nombreux égards, sont semblables à celles que forment des personnes de sexe différent. L'argumentation et la preuve présentées par l'intimée M. visaient en grande partie à démontrer les similitudes qui existent entre les unions entre personnes de même sexe et les unions entre personnes de sexe différent. Les couples de même sexe peuvent avoir des rapports empreints de

stereotype in suggesting that only a couple made up of a "man and woman" exhibit these features.

252

This argument, in my view, misses the mark. The distinction drawn by s. 29 does not discriminate because it does not involve the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, and it does not otherwise have the effect of perpetuating or promoting the view that individuals in same-sex relationships are less deserving of concern, respect, and consideration. The evidence bears out the contention that the legislative distinction is drawn on the basis of a true appreciation of the facts. As I see it, the key question is whether there is a correspondence between the ground on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others. I am convinced that there is. The one feature that distinguishes the two types of relationship is that which is addressed by the *FLA*: the necessarily gendered nature of the relationship, which in a great many cases leads to economic dependency based on gender, often (though not always) due to the presence of children. Moreover, the economic disparity between men and women in relationships only occurs in opposite-sex relationships. By definition, a same-sex relationship cannot exhibit these features. Dependency may arise in some same-sex relationships, to be sure, but it must by necessity stem from a different cause, and as I have discussed, it is much less likely to occur. Where a legislative distinction is drawn on the basis of an accurate picture of capacity and circumstance (no one suggests that merit is at issue here), there is no stereotype, and discrimination is unlikely:

camaraderie, d'amour, de fidélité et de partage sur le plan financier. L'hypothèse sous-jacente de l'argumentation de l'intimée M. est que l'art. 29 est fondé sur un stéréotype parce qu'il laisse entendre que seuls les couples formés d'un «homme et [d'une] femme» présentent de telles caractéristiques.

Cet argument, à mon avis, ne répond pas à la question en litige. La distinction établie par l'art. 29 n'engendre pas de discrimination parce qu'elle ne comporte pas l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe et qu'elle n'a pas non plus pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'idée que les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne méritent pas le même intérêt, le même respect et la même considération. La preuve étaye l'affirmation voulant que cette distinction législative soit établie sur le fondement d'une juste appréciation des faits. Selon moi, la question clé est de savoir s'il existe une correspondance entre le motif sur lequel la demande est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes. Je suis convaincu qu'il y en a une. La seule caractéristique qui différencie les deux types d'union est celle dont traite la *LDF*: le fait qu'il s'agit nécessairement d'unions entre personnes de sexe différent, qui, dans un très grand nombre de cas, engendrent une dépendance économique fondée sur le sexe, souvent (quoique pas toujours) en raison de la présence d'enfants. De plus, le déséquilibre économique entre les hommes et les femmes formant une union ne se manifeste que dans les unions entre personnes de sexe différent. Par définition, les unions entre personnes du même sexe ne peuvent présenter ces caractéristiques. Il se peut fort bien que certaines unions entre personnes du même sexe engendrent une dépendance, mais celle-ci découlera nécessairement d'une cause différente et, comme je l'ai fait voir, son existence est beaucoup moins probable dans le cadre de telles unions. Lorsqu'une distinction législative est établie sur le fondement d'une appréciation juste de la capacité et de la situation des personnes visées (nul ne suggère que le mérite soit en cause dans la présente affaire), aucun stéréotype n'intervient et

*Law, supra; Miron, supra*, at para. 132 (per McLachlin J.).

3. Contextual Factors of Pre-Existing Disadvantage, Stereotyping, Prejudice or Vulnerability, and Ameliorative Purpose

Having established that the legislation does not rest on a stereotype, but rather on the correspondence between the ground of the distinction and the claimant's actual needs, capacity or circumstances, we must consider whether any of the remaining contextual factors establish that the legislation perpetuates or promotes "the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration" (*Law*, at para. 88). One of the contextual factors to consider is whether the claimant experiences "[p]re-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability". Iacobucci J. explained in *Law* that an analysis of these factors is relevant because "the perpetuation or promotion of their unfair social characterization . . . will have a more severe impact upon them, since they are already vulnerable" (para. 63). Additionally, where legislation has an ameliorative purpose, we should consider whether it excludes a historically disadvantaged group (at para. 72). If it does, it will be an important indicator of discrimination.

My colleague Cory J. appears to take judicial notice of the fact that "there is significant pre-existing disadvantage and vulnerability" experienced by homosexuals, which is exacerbated by this legislation (para. 69). With respect, a more detailed understanding of the pre-existing disadvantage and prejudice experienced by individuals in same-sex relationships is called for, in order to properly assess whether this legislation perpetuates the view that the claimant is less deserving of concern or respect. By simply labelling same-sex couples as a "disadvantaged group", Cory J. appears to fall into the trap of creating a "strict dichotomy of advantaged and disadvantaged groups, within which each claimant must be classified" (*Law*, at para. 68). In my view, it would be

l'existence de discrimination est improbable: *Law*, précité; *Miron*, précité, au par. 132, le juge McLachlin.

3. Les facteurs contextuels: la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité, et l'objet d'amélioration

Ayant établi que la loi ne repose pas sur un stéréotype, mais plutôt sur la correspondance entre le motif de distinction et les besoins, les capacités ou la situation propres à la demanderesse, nous devons déterminer si d'autres facteurs contextuels établissent que la loi perpétue ou favorise «l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération» (*Law*, au par. 88). L'un des facteurs contextuels à examiner est de se demander si la demanderesse souffre de «[l]a préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité». Dans l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci explique que l'analyse de ces facteurs est pertinente parce que «la perpétuation ou [. . .] l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste [. . .] aura sur elles un effet plus grave puisqu'elles sont déjà vulnérables» (par. 63). Lorsque la loi a un objet d'amélioration, nous devons en outre déterminer si elle exclut un groupe historiquement défavorisé (au par. 72). Si tel est le cas, il s'agira d'un indice important de discrimination.

Mon collègue le juge Cory semble prendre connaissance d'office, au par. 69, du fait qu'«il y a dans une large mesure préexistence d'une vulnérabilité et d'un désavantage» que subissent les homosexuels et que cette loi accentue. Avec égard, il y a lieu de cerner de façon plus précise le désavantage et les préjugés subis par les personnes formant une union entre personnes de même sexe afin de pouvoir trancher correctement la question de savoir si la loi perpétue l'opinion que la demanderesse est moins digne d'intérêt ou de respect. En se contentant de qualifier les couples de même sexe de «groupe défavorisé», le juge Cory paraît tomber dans le piège qui consiste à créer une «dichotomie stricte entre groupes favorisés et groupes défavorisés, qui doit servir à classer tous

253

254

incongruous with the purpose of s. 15(1) that a member of a (“generally”) disadvantaged group should have a higher entitlement to the protection of the *Charter*, even if they are relatively advantaged in relation to the subject-matter of the legislation. This is why, in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, Wilson J. believed it to be important that “[r]elative to citizens, non-citizens are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated” (emphasis added) (p. 152). As Iacobucci J. pointed out in *Law*, *supra*, at para. 67, “[t]here is no principle or evidentiary presumption that differential treatment for historically disadvantaged persons is discriminatory.” We must identify what disadvantages the group faces, because no group will be uniformly disadvantaged in all respects. Simply labelling a group as “disadvantaged” results in a mechanistic and rigid application of s. 15(1), which this Court repeatedly has rejected.

les demandeurs» (*Law*, au par. 68). À mon avis, il serait contraire à l’objet du par. 15(1) qu’un membre d’un groupe («généralement») défavorisé jouisse d’un droit supérieur à la protection de la *Charte*, même si ce groupe est relativement favorisé par rapport au sujet de la loi. C’est pourquoi, dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, le juge Wilson estimait important le fait que, «[c]omparativement aux citoyens, les personnes qui n’ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d’être considéré et respecté également violé» (je souligne) (p. 152). Comme le juge Iacobucci le fait remarquer dans l’arrêt *Law*, précité, au par. 67, «[i]l n’y a aucun principe ni aucune présomption de preuve qu’une différence de traitement à l’égard des personnes historiquement défavorisées soit discriminatoire.» Nous devons déterminer quels sont les désavantages auxquels le groupe est confronté, car aucun groupe n’est défavorisé de la même façon à tous les égards. Se contenter de qualifier un groupe de «défavorisé» constitue une application mécanique et stricte du par. 15(1), que notre Cour a rejetée à de nombreuses reprises.

255 The types of disadvantage suffered by homosexual individuals, and by extension, same-sex couples in Canadian society, were canvassed by Cory J. in dissent in *Egan*, *supra*. He explained that the disadvantage experienced by homosexuals include being the victims of public harassment and verbal abuse, violent crime, and exclusion from some employment and services. All of these forms of discrimination are abhorrent, and any legislation tending to aggravate or failing to offer equal protection against these pre-existing disadvantages would likely infringe s. 15(1). However, there are two questions which still must be answered: are same-sex couples disadvantaged in the area covered by the legislation, and does the *FLA* aggravate this pre-existing disadvantage?

Les types de désavantages subis par les personnes homosexuelles et, par extension, les couples de même sexe au sein de la société canadienne ont été examinés par le juge Cory, dissident dans l’arrêt *Egan*, précité. Il a expliqué que les désavantages subis par les homosexuels comprennent le fait d’être victimes de harcèlement public, de violence verbale et de crimes violents, ainsi que l’inadmissibilité à certains emplois et à certains services. Toutes ces formes de discrimination sont ignobles, et toute loi qui tendrait à accentuer ces désavantages préexistants ou qui n’offrirait pas l’égalité de protection contre ces derniers porterait probablement atteinte au par. 15(1). Il y a toutefois deux questions qu’il faut encore trancher: les couples de même sexe sont-ils défavorisés dans le domaine auquel s’applique la loi, et la *LDF* accentue-t-elle ce désavantage préexistant?

256 Are individuals in same-sex relationships disadvantaged in relation to the subject-matter of the

Les personnes formant une union entre personnes de même sexe sont-elles défavorisées

legislation? As I have described in the preceding section, they are not. Individuals in same-sex relationships do not carry the same burden of fulfilling the social role that those in opposite-sex relationships do. They do not exhibit the same degree of systemic dependence. They do not experience a structural wage differential between the individuals in the relationship. In this sense, individuals in same-sex relationships are an advantaged group as compared to individuals in opposite-sex relationships. As such, there is no need to consider whether the legislation aggravates or exacerbates any pre-existing disadvantage.

Nor can it be said that the ameliorative legislation excludes a group which is disadvantaged in relation to the subject-matter of the legislation. The main targets of the ameliorative legislation, partners in opposite-sex relationships (particularly women), suffer a structural disadvantage which is unknown to individuals in same-sex relationships. Just because one form of disadvantage is addressed by this legislation does not mean that all forms of disadvantage must be addressed by it. In essence, this legislation is the type of ameliorative legislation expressly contemplated by L'Heureux-Dubé J. in *McKinney*, *supra*, and by Cory J. in *Vriend*, *supra*, at para. 96:

It is not as if the Legislature had merely chosen to deal with one type of discrimination. In such a case it might be permissible to target only that specific type of discrimination and not another. This is, I believe, the type of case to which L'Heureux-Dubé J. was referring in the comments she made in *obiter* in her dissenting reasons in *McKinney* (at p. 436): "in my view, if the provinces chose to enact human rights legislation which only prohibited discrimination on the basis of sex, and not age, this legislation could not be held to violate the *Charter*".

#### 4. Contextual Factor of the Nature and Scope of the Affected Interest

The fourth factor to consider is the nature and scope of the affected interest. Here, we are to con-

relativement au sujet de la loi? Comme je l'ai expliqué dans la partie qui précède, elles ne le sont pas. Ces personnes ne s'acquittent pas du fardeau que constitue le rôle social rempli par les personnes formant une union avec une personne de sexe différent. Elles ne présentent pas le même degré de dépendance systémique. Elles ne vivent pas de différence structurelle de revenus avec leur partenaire. En ce sens, les personnes formant une union avec une personne du même sexe constituent un groupe favorisé comparativement aux personnes formant une union avec une personne de sexe différent. Ainsi, il est inutile de déterminer si la loi accentue un désavantage préexistant.

On ne peut pas dire non plus que la loi, qui apporte une amélioration, exclut un groupe qui est défavorisé par rapport au sujet de la loi. Ceux que la loi vise principalement, soit les partenaires formant une union entre personnes de sexe différent (en particulier, les femmes), subissent un désavantage structurel que ne connaissent pas les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Ce n'est pas parce qu'une forme de désavantage est visée par cette loi que toutes les formes de désavantage doivent l'être. Cette loi constitue essentiellement le genre de loi apportant une amélioration expressément évoquée par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *McKinney*, précité, et par le juge Cory dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 96:

Ce n'est pas comme si la législature avait simplement choisi de s'attaquer à un type de discrimination en particulier. En pareil cas, il aurait pu être acceptable de ne viser que ce type de discrimination, et pas les autres. C'est la situation à laquelle fait allusion, je crois, le juge L'Heureux-Dubé dans les remarques incidentes formulées dans son opinion dissidente dans l'arrêt *McKinney* (à la p. 436): «j'estime que si les provinces choisissaient d'adopter des lois sur les droits de la personne qui n'interdisent que la discrimination fondée sur le sexe et non sur l'âge, on ne pourrait dire que ces lois violent la *Charte*».

#### 4. Le facteur contextuel de la nature et de l'étendue de l'intérêt touché

Le quatrième facteur à examiner est la nature et l'étendue du droit touché. En l'espèce, nous

sider how “severe and localized the . . . consequences on the affected group” are: *Egan, supra, per L’Heureux-Dubé J.*, as adopted by Iacobucci J. in *Law, supra*, at para. 74. The economic, constitutional, and societal significance of the interest is to be considered at this stage. If the legislation restricts access to a fundamental social institution, or unnecessarily promotes non-recognition of a particular group, then it is a factor which supports the conclusion that the legislation is discriminatory.

259

In this case, it is clear that there is an impact on the claimant’s group. Of course, the same could be true of any legislation which targets a specific group to receive a benefit (and a corresponding burden). However, it must be emphasized that the claimants are not deprived of access to support, but rather, they are not forced to participate in a mandatory support regime. The cost of receiving this benefit is the imposition of a burden on a class of people. The burden is not only a reduction in autonomy, but also is an imposition of financial obligations. It is a departure from the general principle in Western societies that individuals enjoy freedom and are expected to provide for themselves. Fully aware of the historical and systemic disadvantage faced by individuals in opposite-sex relationships (mainly women), the legislature saw fit to depart from this fundamental principle of self-sufficiency and to restrict their freedom by imposing this burden on individuals in opposite-sex relationships.

260

While the legislature does not force individuals in same-sex relationships to provide support, it also does not prevent them from doing so. Individuals in same-sex relationships are free to formulate contracts which impose support obligations upon themselves, just as the *FLA* does for some opposite-sex couples. I do not understand how it could be said that individuals in same-sex relationships are rendered “invisible” by non-inclusion in a regime merely because they have the same rights and obligations as all persons other than certain opposite-sex couples, particularly as they can

devons examiner à quel point «les conséquences [. . .] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées»: *Egan, précité*, les motifs du juge L’Heureux-Dubé repris par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law, précité*, au par. 74. L’importance économique, constitutionnelle et sociétale de l’intérêt en cause doit être examinée à cette étape. Si la loi limite l’accès à une institution sociale fondamentale ou promeut inutilement la non-reconnaissance d’un groupe particulier, il s’agit d’un facteur qui appuie la conclusion que la loi est discriminatoire.

En l’espèce, il est évident qu’il y a des incidences sur le groupe auquel appartient la demanderesse. On pourrait naturellement en dire autant de toute loi visant à conférer un avantage (et à imposer un fardeau correspondant) à tout groupe particulier. Toutefois, il y a lieu de souligner que les demanderesse ne sont pas privées de l’accès aux aliments, c’est plutôt qu’elles ne sont pas assujetties à un régime d’obligation alimentaire impératif. Le prix à payer pour cet avantage est l’imposition d’un fardeau à une catégorie de personnes. Ce fardeau consiste non seulement en la réduction de l’autonomie, mais aussi en l’imposition d’obligations financières. Il s’agit d’une exception au principe, généralement reconnu dans les sociétés occidentales, que les personnes sont libres et qu’elles doivent subvenir à leurs propres besoins. Parfaitement conscient du désavantage historique et systémique subi par les personnes formant une union avec une personne de sexe différent (surtout les femmes), le législateur a jugé bon de s’écarter de ce principe fondamental d’autosuffisance et de restreindre leur liberté en leur imposant ce fardeau.

Bien que le législateur n’oblige pas les personnes formant une union avec une personne de même sexe à se fournir des aliments, il ne les empêche pas non plus de le faire. Elles sont libres de conclure des contrats qui leur impose des obligations alimentaires, comme la *LDF* le fait pour certains couples de sexe différent. Je ne comprends pas comment on peut dire que leur non-inclusion dans un régime rend ces personnes «invisibles» uniquement parce qu’elles ont les mêmes droits et les mêmes obligations que les autres, à l’exception de certains couples de sexe différent, d’autant plus

impose equivalent support obligations by way of contract. It is clear that this may result in some additional expenses relating to the contract, but it is difficult to see how this possible expense results in discriminatory non-recognition of the group, and how it results in “severe and localized consequences”. Clearly, when compared with the consequences that flowed from arbitrary non-recognition in the Alberta *Individual’s Rights Protection Act* in *Vriend, supra* (firing from jobs, denial of housing, etc.), these consequences do not appear nearly as “severe”. More importantly, as I explain in the following section, neither the non-recognition of same-sex couples in s. 29 nor these consequences constitute a violation of human dignity.

### 5. Human Dignity

The central purpose of the equality guarantee in s. 15(1) of the *Charter* is the protection and promotion of human dignity. The concept of human dignity is concerned with the autonomy, self-worth, and self-respect of individuals. As Iacobucci J. points out in *Law, supra*, “[h]uman dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits” (para. 53). Human dignity is the lifeblood of the equality guarantee, and forms the basis of each of the contextual factors I have already identified. However, s. 15(1) is not a guarantee of human dignity *per se*. It is a comparative equality guarantee which focuses on discrimination as between groups or persons that leads to a denial of human dignity.

As I have laboured to point out at every step in this analysis, in no way does this legislation violate the claimant’s human dignity. It must be recalled that the vantage point used in making this conclusion is “the reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim”: *Law, supra, per Iacobucci J.*, at para. 88.

qu’elles peuvent s’imposer une obligation alimentaire équivalente au moyen d’un contrat. Il est clair que cela peut occasionner des frais supplémentaires liés au contrat, mais il est difficile de voir comment ces dépenses éventuelles peuvent constituer une non-reconnaissance discriminatoire du groupe et comment elles causent des «conséquences graves et localisées». Il est manifeste que, lorsqu’on les compare avec les conséquences découlant de la non-reconnaissance arbitraire constatée dans l’*Individual’s Rights Protection Act* de l’Alberta dans l’arrêt *Vriend*, précité (congédiements, refus de logement, etc.), ces conséquences sont loin de paraître aussi «graves». Fait plus important, comme je l’explique dans la partie suivante, ni la non-reconnaissance des couples de même sexe dans l’art. 29, ni ces conséquences ne constituent une atteinte à la dignité humaine.

### 5. La dignité humaine

L’objet principal de la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte* est la protection et la promotion de la dignité humaine. La notion de dignité humaine concerne l’autonomie, l’estime de soi et le respect de soi-même. Comme le juge Iacobucci le souligne dans l’arrêt *Law*, précité, «[l]a dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n’ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne» (par. 53). La dignité humaine se trouve au cœur de la garantie d’égalité et constitue le fondement de chacun des facteurs contextuels que j’ai déjà mentionnés. Cependant, le par. 15(1) n’est pas une garantie de dignité humaine en soi. Il s’agit d’une garantie d’égalité relative, portant principalement sur la discrimination, entre les groupes et entre les personnes, qui conduit à une atteinte à la dignité humaine.

Comme je me suis efforcé de le souligner à chaque étape de la présente analyse, la présente loi ne porte en aucune façon atteinte à la dignité de la demanderesse. Il faut rappeler que la perspective utilisée pour arriver à cette conclusion est celle de «la personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents».

As L'Heureux-Dubé J. points out in *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, "the 'reasonable person' considered by the subjective-objective perspective understands and recognizes not only the circumstances of those like him or her, but also appreciates the situation of others" (emphasis in original) (para. 65). It is important to note that it is not a denial of human dignity to recognize difference; to the contrary, acknowledging individual personal traits is a means of fostering human dignity. By recognizing individuality, and rejecting forced uniformity, the law celebrates differences, fostering the autonomy and integrity of the individual.

*Law*, précité, le juge Iacobucci, au par. 88. Comme le juge L'Heureux-Dubé le fait remarquer dans l'arrêt *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, «la "personne raisonnable" prise en considération dans cette analyse subjective-objective comprend et admet non seulement la situation des personnes qui sont comme elle, mais elle est également sensible à la situation d'autrui» (souligné dans l'original) (par. 65). Il est important de se rappeler que le fait de reconnaître une différence ne constitue pas une atteinte à la dignité humaine et, qu'au contraire, le fait de reconnaître l'existence de caractéristiques personnelles est un moyen de la favoriser. En reconnaissant la particularité de chaque individu et en rejetant l'uniformité imposée, la loi fait l'éloge de la différence, favorisant l'autonomie et l'intégrité de la personne.

263

Therefore, we must ask, having considered all of the contextual factors discussed above, should a reasonable person in circumstances similar to the claimant feel her dignity is demeaned? In my view, I cannot see how she could. The legislation in question is ameliorative legislation that seeks to better the position of a group of people who are uniquely disadvantaged. Although the claimant is a member of a group that suffers pre-existing, historical disadvantage, the claimant's group is relatively advantaged in relation to the subject-matter at hand. The evidence does not demonstrate that there is the same level of dependency in same-sex relationships that warrants granting the benefit (and imposing the burden) of access to the mandatory spousal obligation regime. The evidence does not suggest that same-sex relationships fulfil the same social role, nor that they suffer the consequences of that unique social role. In sum, the legislation takes into account accurate differences between that group and the claimant in a manner which respects the claimant's human dignity by not relying on a stereotype.

Par conséquent, après avoir examiné l'ensemble des facteurs contextuels susmentionnés, nous devons nous demander si une personne raisonnable placée dans une situation semblable à celle de la demanderesse devrait se sentir bafouée dans sa dignité. Je ne vois pas comment elle le pourrait. La loi en question vise à améliorer la situation d'un groupe de personnes qui sont défavorisées d'une façon particulière. Bien que la demanderesse soit membre d'un groupe qui souffre déjà d'un désavantage historique, ce groupe est relativement favorisé pour ce qui est de la matière en cause. La preuve n'établit pas qu'il existe, dans les unions entre personnes de même sexe, le même niveau de dépendance qui justifie l'octroi de l'avantage (et l'imposition du fardeau) que constitue l'accès au régime impératif de l'obligation alimentaire entre conjoints. Il ne ressort pas de la preuve que les unions entre personnes de même sexe remplissent le même rôle social ni qu'elles subissent les conséquences qu'entraîne ce rôle social particulier. En somme, la loi prend en compte les différences réelles entre ce groupe et la demanderesse d'une manière qui respecte la dignité humaine de la demanderesse en ne se fondant pas sur un stéréotype.

6. Competing Views on Whether Section 29 of the *FLA* is Discriminatory

I wish to address briefly the opinion of my colleagues on this third broad inquiry about whether the legislation is discriminatory. Bastarache J. acknowledges that *Law, supra*, has set out a number of contextual factors we are to consider, but instead of analysing them, he appears content to simply conclude that “[i]n this case, discrimination exists because of the exclusion of persons from the regime on the basis of an arbitrary distinction, sexual orientation. Having regard to these contextual factors, I am convinced that this distinction is one that puts into question the dignity of the person affected” (para. 291). With respect, I do not agree with arriving at conclusions on the contextual factors set out in *Law* so quickly. In particular, as I discussed above, it appears to me that much of Bastarache J.’s points clearly demonstrate that the legislation corresponds with the reality of the claimant.

My colleagues Cory and Iacobucci JJ. similarly contend that extending the spousal support regime in Part III of the *FLA* to cohabiting same-sex couples would not undermine the objectives of the legislation, and would enhance the dignity of the claimant. However, this proposition is the understandable consequence of defining the legislative purpose as Cory and Iacobucci JJ. have done. It is not responsive to the argument that what the Legislative Assembly has attempted to achieve by way of the *FLA* is to impose a mandatory support regime on individuals who are in a certain social condition or set of circumstances. As I have outlined above, excluding cohabiting same-sex couples from the scope of Part III of the *FLA* does not mean that individuals who are cohabiting in same-sex relationships are any less worthy of respect, nor does it have any objective impact on their dignity as individuals. To the contrary, the *FLA* does not impose spousal support obligations upon cohabiting same-sex couples because, in the legislature’s view (and, I might add, in the view of some gays and lesbians, including the respondent

6. Les opinions divergentes sur la question de savoir si l’art. 29 de la *LDF* est discriminatoire

Je désire aborder brièvement l’opinion de mes collègues sur ce troisième grand volet de l’enquête visant à déterminer si la loi est discriminatoire. Le juge Bastarache reconnaît que l’arrêt *Law*, précité, énonce un certain nombre de facteurs contextuels qu’il nous faut examiner, mais au lieu de les analyser, il semble se borner à conclure qu’«[e]n l’espèce, il y a discrimination parce que des personnes sont exclues du régime sur le fondement d’une distinction arbitraire, soit l’orientation sexuelle. Compte tenu de ces facteurs contextuels, je suis convaincu que cette distinction met en doute la dignité de la personne visée» (par. 291). Avec égards, je ne suis pas d’accord pour conclure si aisément selon les facteurs contextuels énoncés dans l’arrêt *Law*. Surtout, comme je l’ai dit précédemment, qu’il me semble que bon nombre des points formulés par le juge Bastarache montrent clairement que la loi correspond à la réalité de la demanderesse.

Mes collègues, les juges Cory et Iacobucci, soutiennent que l’extension du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la partie III de la *LDF* aux couples de même sexe qui cohabitent ne compromettrait pas la réalisation des objectifs visés par la loi et valoriserait la demanderesse dans sa dignité. Cependant, cette proposition est la conséquence logique de la définition donnée à l’objet législatif par les juges Cory et Iacobucci. Cela ne répond pas à l’argument selon lequel l’Assemblée législative, en adoptant la *LDF*, a tenté d’imposer un régime impératif d’obligations alimentaires à des personnes placées dans une certaine condition sociale ou dans des circonstances particulières. Comme je l’ai déjà souligné, l’exclusion des couples de même sexe qui cohabitent du champ d’application de la partie III de la *LDF* ne signifie pas que les personnes qui forment une union et cohabitent avec une personne du même sexe soient moins dignes de respect et cela n’a pas non plus d’incidence objective sur leur dignité en tant que personnes. Au contraire, la *LDF* ne leur impose pas l’obligation alimentaire entre conjoints

264

265

H.), same-sex couples do not have the same structural needs as opposite-sex couples, and same-sex couples do not, as a group, fulfil the same social function. Those needs arise out of the very nature of opposite-sex relationships, and stem from a biological reality.

parce que le législateur (et, je tiens à le préciser, certains gais et certaines lesbiennes, dont l'intimée H.) estime que les couples de même sexe n'ont pas les mêmes besoins structurels que les couples de sexe différent et qu'ils ne remplissent pas, en tant que groupe, la même fonction sociale. Ces besoins tiennent à la nature même des unions entre personnes de sexe différent et découlent d'une réalité biologique.

266 This differing view of the purpose and target of the legislation results in a different analysis throughout each of the contextual factors. For example, Cory J. explains that because, in his view, the legislation targets conjugal, permanent relationships (which he previously referred to as "intimate" relationships), the legislation does not correspond to the reality of the claimant, who is in a conjugal, permanent ("intimate") relationship (para. 70). At para. 69, he explains that the legislation's ameliorative purpose excludes individuals such as the claimant, who are equally disadvantaged as the target group.

Cette divergence de vues quant à l'objet et à l'objectif de la loi conduit à une analyse différente de chacun des facteurs contextuels. Par exemple, le juge Cory explique que parce que, selon lui, la loi vise les unions conjugales permanentes (qu'il avait auparavant appelées unions «intimes»), la loi ne correspond pas à la réalité que vit la demanderesse, soit une union conjugale permanente («intime») (par. 70). Au paragraphe 69, il explique que l'objet d'amélioration visé par la loi exclut les personnes comme la demanderesse qui peuvent être également défavorisées comme le groupe visé.

267 In the s. 1 analysis, Iacobucci J. gets to the heart of the matter with his observation that the spousal support provisions contained in Part III of the *FLA* are "simultaneously underinclusive and overinclusive" (para. 113). I agree, although in my view, having advanced this proposition, he draws the wrong lesson from it. In and of itself, the proposition is not remarkable. It describes almost all legislation. To legislate is to draw distinctions between people on specified grounds. Given the capacity of a legislature in a modern regulatory state to govern a province populated by millions of people, those distinctions can never entirely correspond with the particular circumstances of individuals, as was the case in *Law, supra*. This point was made well by La Forest J. in *Egan, supra*, at para. 25:

Dans l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Iacobucci va au cœur de la question lorsqu'il note que la portée des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la partie III de la *LDF* est «à la fois trop limitative et trop large» (par. 113). J'en conviens, bien qu'à mon avis, ayant avancé cette proposition, il n'en tire pas la bonne leçon. La proposition en soi n'est guère digne de mention. Elle s'applique à presque toutes les lois. Légiférer, c'est établir des distinctions entre des personnes pour des motifs précis. Compte tenu de la capacité du législateur d'un État moderne de gouverner une province peuplée de millions de personnes, de telles distinctions ne peuvent jamais entièrement correspondre à la situation particulière de chaque individu, comme c'était le cas dans l'arrêt *Law*, précité. Le juge La Forest dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 25, a bien établi ce point:

I add that I do not think the courts should attempt to require meticulous line drawing that would ensure that only couples that had children were included. This could impose on Parliament the burden of devising administrative procedures to ensure conformity that could be

J'ajouterai que selon moi les tribunaux ne doivent pas tenter d'exiger une ligne de démarcation bien précise afin que seuls les couples qui ont des enfants soient inclus. Cela pourrait imposer au législateur, pour s'assurer qu'il y ait conformité, le fardeau d'élaborer des pro-

both unnecessarily intrusive and difficult to administer, thereby depriving Parliament of that “reasonable room to manoeuvre” which this Court has frequently recognized as necessary. . . .

The *Charter* cannot possibly require the Legislative Assembly to revise the *FLA* to exclude non-procreative opposite-sex couples from its scope. As La Forest J. indicated, the legislative and administrative scheme necessary to do so would be highly intrusive and would likely violate *Charter* privacy guarantees. By contrast, exclusion of same-sex couples, who are inherently, rather than situationally, non-procreative, from the *FLA* support regime raises none of these concerns.

My colleagues, relying upon the statement of Charron J.A. in the Court of Appeal below, suggest that it was the extension of s. 29 of the *FLA* from married couples alone to cohabiting opposite-sex couples that grounds the respondent M.’s claim in the present appeal. As my colleagues observe, many of the provisions of the *FLA* are limited in their application to married couples alone. The argument, as I understand it, is that although limiting support obligations to married couples alone might be a defensible legislative goal, once the legislature took the step of extending support obligations to unmarried opposite-sex couples, the entire *FLA* spousal support scheme was imperiled, because the legislature could not fashion a constitutionally sound distinction between unmarried opposite-sex couples and unmarried same-sex couples. Although not without its initial attractions, this argument ultimately founders.

The entire issue in this appeal is whether the distinction drawn by the Legislative Assembly between cohabiting opposite-sex couples and all other relationships is maintainable. My colleagues’ implicit suggestion is that the simplest way to render s. 29 constitutionally viable would be to

cédures administratives qui pourraient être à la fois inutilement envahissantes et difficiles à administrer, et qui le priveraient de ce fait de cette «marge de manoeuvre raisonnable» que notre Cour a fréquemment jugée nécessaire . . .

La *Charte* ne peut absolument pas exiger de l’Assemblée législative qu’elle modifie la *LDF* afin d’exclure de sa portée les couples de sexe différent qui ne procréent pas. Comme l’a souligné le juge La Forest, les régimes législatif et administratif nécessaires seraient très envahissants et porteraient probablement atteinte aux droits que la *Charte* garantit en matière de vie privée. Par contraste, l’exclusion du régime de l’obligation alimentaire prévu par la *LDF* des couples de même sexe, qui, par définition et non par le jeu des circonstances, ne procréent pas, ne soulève aucune de ces inquiétudes.

S’appuyant sur les propos du juge Charron de la Cour d’appel, mes collègues affirment que c’est l’extension du champ d’application de l’art. 29 de la *LDF*, qui visait les seuls couples mariés, aux couples de sexe différent qui cohabitent, qui fonde la demande présentée par l’intimée M. dans le présent pourvoi. Comme mes collègues le font remarquer, bon nombre des dispositions de la *LDF* ne s’appliquent qu’aux couples mariés. Leur raisonnement, si je comprends bien, est que même si la restriction des obligations alimentaires aux seuls couples mariés pourrait constituer un objectif législatif défendable, dès que le législateur étend ces obligations aux couples de sexe différent non mariés, l’ensemble du régime de l’obligation alimentaire entre conjoints prévu par la *LDF* est menacé parce qu’il est impossible d’établir une distinction valable sur le plan constitutionnel entre les couples de sexe différent non mariés et les couples de même sexe non mariés. Bien qu’atrayant à première vue, cet argument doit ultimement être rejeté.

Toute la question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la distinction établie par le législateur entre les couples de sexe différent qui cohabitent et toutes les autres unions peut être maintenue. Mes collègues laissent entendre implicitement que la façon la plus simple de rendre

268

269

270

restrict its application to married couples alone. I see no reason to conclude that the *Charter* operates so restrictively. Here, the Legislative Assembly has made a distinction on the basis of a fundamental biological and social reality to address a unique form of disadvantage specific to opposite-sex couples. On the other hand, if the Legislative Assembly is obliged to address all of the manifestations of economic interdependence between individuals, it is difficult to see how drawing the line to include same-sex couples, but to exclude those relationships which are not conjugal (and which can be similarly distinguished on enumerated or analogous grounds), can itself withstand constitutional challenge.

271

It may be, of course, that extending the definition of “spouse” to include same-sex couples or other relationships or otherwise providing for support obligations based on dependency would be a prudent or reasonable policy decision. My colleague Iacobucci J.’s view, for example, is that to make this extension would advance what he sees as the purpose of the legislation. However, the wisdom or desirability of such an extension is not itself a matter properly within the consideration of this Court. The legislature itself considered the desirability of extending the scope of s. 29 to same-sex couples, but in the end, decided to the contrary. We must take seriously the contention that the legislation violates the *Charter*. Yet we must be careful not to jump from the assertion that a legislative change would be prudent to the contention that such a change is constitutionally mandated. In my view, my colleagues make that jump. For this reason, I respectfully disagree.

#### H. Section 1 of the Charter

272

As it is my view that the respondent M. has not demonstrated an infringement of s. 15(1) of the *Charter* in the present appeal, it is not necessary to engage in a s. 1 analysis.

l’art. 29 viable sur le plan constitutionnel serait d’en restreindre l’application aux seuls couples mariés. Je ne vois aucune raison de conclure que la *Charte* s’applique de façon aussi restrictive. En l’espèce, le législateur a établi une distinction se fondant sur une réalité sociale et biologique fondamentale pour corriger une forme particulière de désavantage propre aux couples de sexe différent. Par contre, si le législateur est tenu de s’attaquer à toutes les manifestations de l’interdépendance financière entre les individus, il est difficile de voir comment on peut tracer une ligne de démarcation qui permette d’inclure les couples de même sexe, mais d’exclure les unions non conjugales (qui peuvent, de la même façon, faire l’objet d’une distinction fondée sur des motifs énumérés ou analogues), et qui puisse elle-même résister à une contestation constitutionnelle.

Il se pourrait, bien entendu, que l’extension de la définition du mot «conjoint» de façon à inclure les couples de même sexe ou d’autres unions, ou de prévoir autrement des obligations alimentaires fondées sur la dépendance, constitue une décision de principe prudente et raisonnable. Mon collègue le juge Iacobucci estime, par exemple, que cela favoriserait la réalisation de ce qu’il considère comme étant l’objet de la loi. Cependant, la question de savoir s’il serait judicieux ou souhaitable de prendre une telle mesure n’en est pas une qui doive relever de notre Cour. Le législateur lui-même a examiné l’opportunité d’étendre l’application de l’art. 29 aux couples de même sexe, mais il a finalement décidé de ne pas le faire. Nous devons examiner sérieusement l’affirmation voulant que la loi viole la *Charte*. Toutefois, nous devons prendre soin de ne pas passer de la conclusion qu’il serait prudent de modifier la loi à la conclusion qu’une telle modification s’impose en vertu de la Constitution. À mon avis, c’est ce que font mes collègues. Pour cette raison, en toute déférence, je ne puis être d’accord.

#### H. L’article premier de la Charte

Comme je suis d’avis que l’intimée M. n’a pas établi dans le présent pourvoi qu’il y avait atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, il n’est pas nécessaire de faire une analyse selon l’article premier.

### III. Conclusion

One of the fundamental principles in Canadian society is that individuals enjoy freedom and are expected to provide for their own needs. This rule is obviously not absolute. Canadians take pride in our social programs which lend a hand to those who, for differing reasons, cannot provide for themselves. At the same time, these social programs have specific policy goals, and in pursuit of those goals, they target specific groups of people. When the state provides assistance, only those who need the assistance should receive it. In this appeal, the impugned legislation sought to redress a historical fact that individuals in opposite-sex relationships suffer a systemic dynamic of dependence, which manifests in a support obligation that exists not only while the two individuals are in the relationship, but also after the relationship breaks down. Usually, it is the female partner who suffers the greatest burden upon marriage or common-law relationship breakdown: *Moge, supra*. The legislature has, since 1859, used a variety of legislative tools to alleviate this systemic suffering, which is unique to opposite-sex relationships. The statutory language, the preamble, and the legislative debates reveal that this legislation is one of those tools.

In my view, the s. 15(1) claim in this case fails because s. 29 of the *FLA* seeks to ameliorate a historical and structural disadvantage specific to individuals in certain types of opposite-sex relationships, and in so doing, accurately corresponds with the needs, capacity, and circumstances of the claimant and these opposite-sex couples. Although individuals in same-sex relationships suffer pre-existing disadvantage in many areas of life, it has not been shown that this is one of them. In fact, the contrary has been shown: individuals in same-sex relationships generally exhibit less dependency in the relationship; they do not have a structural wage differential between the partners in the relationship; and they do not exhibit the same gendered division of domestic and child-care responsibilities. Although any of these elements may be

### III. Conclusion

L'un des principes fondamentaux de la société canadienne est que les personnes sont libres et qu'elles doivent subvenir à leurs propres besoins. Cette règle n'est évidemment pas absolue. Les Canadiens considèrent avec fierté leurs programmes sociaux, qui aident ceux qui, pour diverses raisons, ne peuvent subvenir à leurs besoins. Parallèlement, ces programmes sociaux ont des objectifs stratégiques précis et, en vue de les atteindre, ils visent des groupes particuliers de personnes. Lorsque l'État fournit une aide, seuls ceux qui en ont besoin devraient la recevoir. Dans le présent pourvoi, la loi contestée cherche à remédier au fait historique que les personnes formant une union avec une personne de sexe différent souffrent d'une dynamique de dépendance systémique, qui se manifeste par une obligation de soutien non seulement pendant la durée de l'union, mais aussi après la rupture. C'est généralement la partenaire féminine qui hérite du fardeau le plus lourd après l'échec du mariage ou la rupture de l'union de fait: *Moge*, précité. Depuis 1859, le législateur a mis en œuvre divers mécanismes législatifs pour atténuer ces effets systémiques particuliers aux unions entre personnes de sexe différent. Le texte de la loi, le préambule et les débats législatifs montrent que cette loi constitue l'un de ces mécanismes.

Je suis d'avis que la demande fondée sur le par. 15(1) en l'espèce échoue parce que l'art. 29 de la *LDF* vise à pallier un désavantage historique et structurel particulier à certaines unions entre personnes de sexe différent et, ce faisant, correspond parfaitement aux besoins, aux capacités et à la situation propres à la demanderesse et à ces couples de sexe différent. Bien que les personnes formant une union avec une personne du même sexe soient déjà défavorisées à nombreux égards dans la vie, il n'a pas été établi qu'elles subissaient ce désavantage. En fait, le contraire a été établi: on constate généralement chez les personnes formant une union avec une personne du même sexe une moins grande dépendance; il n'y a pas de différence structurelle de revenus entre les partenaires; le partage des tâches domestiques et des tâches

present in a same-sex relationship, none will have been created by the structural dynamic of dependence which the legislature has seen fit to address, but rather will be attributable to the individual idiosyncrasies of the claimant.

liées au soin des enfants ne se fait pas de la même façon selon le sexe. Bien que n'importe lequel de ces éléments puisse se retrouver dans une union entre personnes de même sexe, il ne sera pas attribuable à la dynamique de dépendance structurelle à laquelle le législateur a jugé bon de s'attaquer mais plutôt aux préférences personnelles du demandeur.

275

In this case, the respondent M. claimed that a benefit granted opposite-sex couples has been denied her on a distinction based on the analogous ground of sexual orientation. However, the contextual factors demonstrate that there has been no discrimination and the claimant falls outside the scope of protection accorded by that ground. This distinction does not rest on the stereotypical application of presumed group or individual characteristics; to the contrary, it rests on the correspondence between the ground of distinction and the actual needs, capacity, and circumstances of the claimant and those of the group the legislation targets. The right to equality in s. 15(1) does not guarantee equality in the abstract; it rests on a comparison with others. This requires us to examine whether the claimant group suffers pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability as compared with the selected comparison group, and as related to the subject-matter of the legislation. In this case, individuals in same-sex relationships are not disadvantaged in relation to the dynamic of dependence which the legislation seeks to address. As such, the ameliorative purpose of the *FLA* is not underinclusive of a group which is disadvantaged in relation to that purpose. Moreover, although the claimant is affected by her exclusion from the mandatory support regime, this regime both confers a benefit and imposes a burden. Mandatory support restricts personal choice and reduces the concomitant financial advantages. The legislation does not render individuals in same-sex relationships "invisible". They are fully entitled to impose support obligations upon themselves, if they so choose. However, the circumstances unique to individuals in opposite-sex relationships which warrant the reduction of

Dans la présente affaire, l'intimée M. soutient qu'on l'a privée d'un avantage accordé aux couples de sexe différent en raison d'une distinction fondée sur le motif analogue de l'orientation sexuelle. Les facteurs contextuels montrent toutefois l'absence de discrimination, de sorte que la demanderesse ne bénéficie pas de la protection accordée par ce motif. Cette distinction ne repose pas sur l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe; elle repose au contraire sur une correspondance entre le motif de distinction et les besoins, les capacités et la situation propres à la demanderesse et au groupe visé par la loi. Le droit à l'égalité protégé par le par. 15(1) ne garantit pas l'égalité dans l'abstrait, mais repose plutôt sur une comparaison avec les autres. Cela nous oblige à déterminer si le groupe demandeur souffre de la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité par rapport au groupe de comparaison choisi et relativement au sujet de la loi. En l'espèce, les personnes formant une union avec une personne du même sexe ne sont pas défavorisées relativement à la dynamique de dépendance que la loi cherche à pallier. Ainsi, l'objet d'amélioration de la *LDF* n'est pas trop limitatif à l'égard d'un groupe défavorisé relativement à cet objet. De plus, bien que la demanderesse soit touchée par son exclusion du régime impératif de l'obligation alimentaire, ce régime à la fois impose un fardeau et confère un avantage. L'imposition d'une obligation alimentaire impérative restreint la liberté personnelle et réduit les avantages financiers concomitants. La loi ne rend pas « invisibles » les personnes formant une union avec une personne du même sexe. Ces dernières ont parfaitement le droit de s'engager à se verser des aliments, si telle est leur volonté. Toutefois, les conditions particulières qui justifient la réduction de l'autonomie des

that group's autonomy do not similarly exist in same-sex relationships.

By analysing all of the contextual factors, it is apparent that the claimant's human dignity is not violated by s. 29 of the *FLA*. A reasonable person in the position of the claimant, having taken into account all of the contextual factors relevant to the claim, would not find their human dignity violated by a provision which appropriately takes into account their actual needs, capacity, and circumstances as compared to those of opposite-sex couples subject to the legislation. For these reasons, it is my view that the s. 15(1) claim must fail.

#### IV. Disposition

For all of the above reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the definition of "spouse" in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, infringe or deny s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to Question 1 is "yes", is the infringement or denial demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Given my response to question 1, the question is not applicable.

I concur with my colleagues on the disposition as to costs.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. — Although I agree with much of the reasoning of my colleagues and their result, I reach the same result on a narrow basis.

personnes formant une union avec une personne de sexe différent ne sont pas constatées au sein des unions entre personnes de même sexe.

Il ressort clairement de l'analyse de l'ensemble des facteurs contextuels que l'art. 29 de la *LDF* ne porte pas atteinte à la dignité humaine de la demanderesse. La personne raisonnable, placée dans la situation de la demanderesse qui tiendrait compte de tous les facteurs contextuels pertinents aux fins de la demande, n'estimerait pas que sa dignité humaine est bafouée par une disposition qui tient dûment compte de ses besoins, de ses capacités et de sa situation, par rapport aux couples de sexe différent qui font l'objet de la loi. Pour ces motifs, je suis d'avis que la demande fondée sur le par. 15(1) doit échouer.

#### IV. Dispositif

Pour tous ces motifs, je serais d'avis d'accueillir le pourvoi, de casser l'ordonnance de la Cour d'appel et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Est-ce que la définition de «conjoint» à l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, a pour effet de nier les droits garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou d'y porter atteinte?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce que cette négation ou atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Compte tenu de ma réponse à la question 1, la question ne se pose pas.

Je souscris à l'opinion de mes collègues pour ce qui est des dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — Bien que je souscrive dans une large mesure au raisonnement suivi par mes collègues et au résultat auquel ils parviennent, j'arrive au même résultat selon un raisonnement succinct.

276

277

278

279

280 I agree with Justices Cory and Iacobucci that the respondent M. in this case was excluded from applying for a benefit as a result of her relationship on the basis of sexual orientation contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As my colleagues conclude, that exclusion served no purpose and unnecessarily burdened the public purse; it was, therefore, unjustified.

281 The purpose of s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, as stated in para. 53 of Justices Cory and Iacobucci's reasons is to allow persons who become financially dependent on one another in the course of a lengthy "conjugal" relationship some relief from financial hardship resulting from the breakdown of that relationship. The relationship at issue in this case meets those requirements. The Ontario Court of Appeal ((1996), 31 O.R. (3d) 417) found a lengthy conjugal relationship that resulted in financial dependence. The exclusion of same-sex couples from the scheme to determine and redress this dependence on the basis of their sexual orientation denies them equal benefit of the law contrary to s. 15(1) of the *Charter*.

282 In order to dispose of this appeal it is unnecessary to consider whether other types of long-term relationship may also give rise to dependency and relief. The respondent M. asks nothing more than the government recognize that her relationship with H. existed, and that it might have given rise to the sort of financial dependency contemplated in the *FLA*. The statute's categorical exclusion of an individual whose situation falls squarely within its mandate, and who might be entitled to its benefits and protection, denies that person the equal concern and respect to which every Canadian is entitled, and constitutes discrimination.

283 The exclusion at issue in this case could not be shown to further any purpose. In fact, it undermines the intention of the legislation which was designed in part to reduce the demands on the public welfare system, a factor which I find compelling. By leaving potentially dependent individuals

Je conviens avec les juges Cory et Iacobucci qu'en l'espèce, l'intimée M. a été privée du droit de demander un avantage résultant de son union en raison de son orientation sexuelle en violation du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et des libertés*. Mes collègues l'ont dit, cette exclusion est sans raison et elle alourdit inutilement le fardeau financier de l'État; elle est par conséquent injustifiée.

L'objet de l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, énoncé au par. 53 des motifs des juges Cory et Iacobucci est de prévoir au profit des personnes qui deviennent financièrement interdépendantes au cours d'une longue union «conjugale» certains recours afin de faire face aux difficultés financières résultant de la rupture de l'union. L'union en cause en l'espèce satisfait à ces exigences. La Cour d'appel de l'Ontario ((1996), 31 O.R. (3d) 417) a conclu à l'existence d'une longue union conjugale qui a engendré une dépendance financière. L'exclusion fondée sur l'orientation sexuelle de couples de même sexe du régime conçu pour corriger cette dépendance les prive du même bénéfice de la loi en violation du par. 15(1) de la *Charte*.

Pour trancher le présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de se demander si d'autres types d'unions à long terme peuvent également entraîner une dépendance et donner ouverture à des recours. L'intimée M. ne demande rien de plus que la reconnaissance par le gouvernement de l'existence de son union avec H. et du fait qu'elle aurait pu engendrer la dépendance financière envisagée par la *LDF*. L'exclusion catégorique par la loi d'une personne qui est placée dans une situation nettement visée par la mission de la loi et qui pourrait avoir droit au bénéfice et à la protection de la loi la prive de la considération et du respect auxquels chaque Canadien a droit et constitue de la discrimination.

L'on n'a pas pu établir que l'exclusion en cause en l'espèce favorisait quelque objet que ce soit. En fait, elle va à l'encontre de l'intention du législateur qui a conçu le texte de loi en partie pour réduire le fardeau de l'aide sociale, et c'est un facteur que j'estime concluant. Parce qu'il laisse des

without a means of obtaining support from their former partners, s. 29 burdens the public purse with their care. Therefore, the offending provisions are not rationally connected to the valid aims of the legislation and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Accordingly, I would dispose of the appeal in the manner proposed by my colleagues.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — On June 9, 1994, the Ontario legislature defeated Bill 167, which sought to extend the definition of “spouse” in various Acts to include same-sex couples. This has been interpreted as a deliberate exclusion of same-sex couples from the definition of “spouse” in s. 29 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 (“FLA”), which is impugned in the case before this Court. In that sense, it is true that this case is about the status of same-sex couples in the family law regime of Ontario. Things are, however, not as simple as they may appear. It has been argued before us that this case is essentially about the degree of deference to be given to legislatures in designing public policy and that the central legal issue here is to determine whether there is a constitutional obligation on the legislature to afford same-sex couples the same status under the family law regime as that afforded to opposite-sex couples. These are very contentious questions. The scope of the legal issues raised and the implications of our decision may in fact be greater than expected when the action was first initiated. This explains why we have heard forceful presentations by interveners, and why emotions run high. It is easy to understand, in this context, why the Court has been invited by some parties to take sides; but this is not the role of a court. A court’s role is to give a generous and liberal interpretation to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to apply s. 1 of the *Charter* in a fair and reasonable way in order to determine, in legal terms, whether

personnes potentiellement dépendantes sans moyen d’obtenir des aliments de leur ancien partenaire, l’art. 29 alourdit d’autant le fardeau de l’État. Les dispositions ne sont donc pas rationnellement liées aux fins valides de la loi et ne peuvent être justifiées en vertu de l’article premier de la *Charte*.

Par conséquent, je suis d’avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par mes collègues.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — Le 9 juin 1994, l’Assemblée législative de l’Ontario a rejeté le projet de loi 167 qui visait à élargir la définition du mot «conjoint» dans plusieurs lois de manière à inclure les couples de même sexe. Ce rejet a été interprété comme une exclusion intentionnelle des couples de même sexe de la définition donnée au mot «conjoint» à l’art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 («LDF»), lequel est contesté en l’espèce. En ce sens, il est vrai que la présente affaire porte sur la situation des couples de même sexe au regard du régime du droit de la famille ontarien. Toutefois, les choses ne sont pas aussi simples qu’il y paraît. Il a été soutenu devant nous que l’affaire porte essentiellement sur le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l’égard des choix politiques du législateur, et que la principale question de droit qu’elle soulève est de savoir si la Constitution oblige ce dernier à accorder aux couples de même sexe le même traitement qu’aux couples de sexe différent dans le régime du droit de la famille. Il s’agit de questions très litigieuses. La portée des questions de droit soulevées en l’espèce et les répercussions de notre décision pourraient en effet s’avérer plus importantes que ce à quoi l’on s’attendait lorsque l’action a été intentée. C’est la raison pour laquelle il nous a été donné d’entendre des plaidoiries aussi énergiques de la part des intervenants et c’est ce qui explique pourquoi l’affaire soulève autant les passions. Il est facile de comprendre, dans ce contexte, pourquoi certaines parties ont invité la Cour à se ranger dans un camp, ce qui n’est pas le rôle d’un tribunal. Le rôle d’un tribunal consiste plutôt à interpréter de façon généreuse et libérale le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et*

284

285

the legislature has breached its obligations under the *Charter*.

*libertés* et à appliquer son article premier de manière équitable et raisonnable afin de déterminer, sur le plan juridique, si le législateur a violé les obligations qui lui incombent en vertu de la *Charte*.

286

This case, like all *Charter* challenges to legislation, represents another episode in the continuing dialogue between the branches of government. As this Court recently outlined in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, when Canadians collectively chose to adopt the *Charter*, Canada changed from a system of parliamentary supremacy to a system of constitutional supremacy. In doing so, Canadians assigned the role of judicial review to the courts so that the rights given to individuals under the *Charter* could not be unjustifiably infringed by any legislature or government. This Court, in *Vriend*, set out the proper role of the courts on judicial review of government action. At para. 136, Cory and Iacobucci JJ., for the majority, state:

La présente affaire, à l'instar de toutes les contestations de dispositions législatives fondées sur la *Charte*, constitue un autre épisode du dialogue continu entre les différents pouvoirs de l'État. Comme notre Cour l'a souligné récemment dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, lorsque les Canadiens ont collectivement décidé d'adopter la *Charte*, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle. La population canadienne a ainsi confié aux tribunaux une mission de contrôle afin que les droits conférés à l'individu sous le régime de la *Charte* ne puissent être violés de façon injustifiée par aucun législateur ni gouvernement. Notre Cour, dans l'arrêt *Vriend*, a exposé le rôle que doivent jouer les tribunaux en matière de contrôle judiciaire de l'action gouvernementale. Au paragraphe 136, les juges Cory et Iacobucci ont dit, s'exprimant au nom des juges majoritaires:

Because the courts are independent from the executive and legislature, litigants and citizens generally can rely on the courts to make reasoned and principled decisions according to the dictates of the constitution even though specific decisions may not be universally acclaimed. In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts.

Parce que les tribunaux sont indépendants des pouvoirs exécutif et législatif, les justiciables et les citoyens en général peuvent habituellement s'attendre à ce qu'ils rendent des décisions motivées et étayées, conformes aux prescriptions constitutionnelles, même si certaines d'entre elles peuvent ne pas faire l'unanimité. Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

287

Although I agree with Cory and Iacobucci JJ. on the outcome and applicable remedies in this case, I have come to a different conclusion regarding the objectives of the legislation under review. While I find that the purpose of the legislation is constitu-

Je suis d'accord avec les juges Cory et Iacobucci sur la solution du présent litige et les réparations qu'il convient d'accorder, mais je suis arrivé à une conclusion différente pour ce qui est des objectifs visés par la loi en cause. Bien que je

tional, I am of the opinion that the effect of the legislation is to discriminate contrary to s. 15(1). My analysis is therefore at variance with that proposed by my colleagues. In regard to the description of the facts, the account of the decisions at trial and in the Court of Appeal, I simply adopt the reasons of Cory J.

### Analysis

This Court's approach to the s. 15 inquiry has been recently revisited in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. According to this unanimous decision, the analysis should focus on three central issues: (a) whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; (b) whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and (c) whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

I agree with Charron J.A. that s. 29 of the *FLA* has drawn a distinction between opposite-sex partners and same-sex partners in relationships of permanence. The comparison is best made, not with married couples, whose status was consensually acquired, but with unmarried cohabiting couples. In essence it is the inclusion of unmarried couples in the support scheme and the failure to deal with same-sex couples that creates the impugned distinction.

Section 29 of the *FLA* creates a distinction because M. is denied the right to make an application for support under the *FLA* against her partner H. Same-sex couples are capable of meeting all of the statutory prerequisites set out in ss. 29 and 1(1) of the *FLA*, but for the requirement that they be a man and a woman. Charron J.A. was correct in holding that the main distinction drawn by the legislation between M. as a person in a same-sex relationship and a person in an opposite-sex relationship is based on sexual orientation. Same-sex

conclue que l'objet de la loi est constitutionnel, j'estime que l'effet de la loi est discriminatoire en violation du par. 15(1). Mon analyse est donc différente de celle que proposent mes collègues. En ce qui concerne la description des faits, le compte rendu des décisions rendues par le juge de première instance et la Cour d'appel, j'adopte simplement les motifs exposés par le juge Cory.

### Analyse

La méthode retenue par notre Cour pour effectuer l'analyse fondée sur l'art. 15 a été récemment examinée à nouveau dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Selon cette décision unanime, l'analyse doit porter sur trois questions centrales: A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité?

Je suis d'accord avec le juge Charron de la Cour d'appel pour dire que l'art. 29 de la *LDF* établit une distinction entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe formant une union permanente. La comparaison se fait le mieux, non avec les couples mariés qui ont acquis l'état matrimonial de façon consensuelle, mais avec les couples non mariés qui cohabitent. Pour l'essentiel, c'est l'inclusion des couples non mariés dans le régime de l'obligation alimentaire et le fait de passer sous silence les couples de même sexe qui crée la distinction attaquée.

L'article 29 établit une distinction parce que M. est privée du droit de présenter une demande d'aliments dirigée contre sa partenaire H. sous le régime de la *LDF*. Les couples de même sexe peuvent remplir toutes les conditions préalables fixées par l'art. 29 et le par. 1(1) de la *LDF*, sauf en ce qui concerne l'exigence d'être un homme et une femme. Le juge Charron de la Cour d'appel a eu raison de conclure que la principale distinction établie par la loi entre M. à titre de personne formant une union avec une personne du même sexe et une

288

289

290

couples who cohabit for the requisite time would qualify as spouses within the meaning of s. 29 of the *FLA* were it not for their sexual orientation. It is now well established that sexual orientation is a personal characteristic analogous to those found in s. 15(1).

personne formant une union avec une personne de sexe différent est fondée sur l'orientation sexuelle. Les couples de même sexe qui cohabitent pendant la durée prescrite rempliraient toutes les conditions requises pour être des conjoints au sens de l'art. 29 de la *LDF*, si ce n'était leur orientation sexuelle. Il est maintenant bien établi que l'orientation sexuelle est une caractéristique personnelle analogue à celles qui sont mentionnées au par. 15(1).

291 In order to determine whether the distinction is discriminatory within the meaning of s. 15, *Law* suggests that the court consider the contextual factors relevant to the claim such as pre-existing disadvantage, correspondence with actual need, the ameliorative purpose of the law and the nature and scope of the interest protected. In this case, discrimination exists because of the exclusion of persons from the regime on the basis of an arbitrary distinction, sexual orientation. Having regard to these contextual factors, I am convinced that this distinction is one that puts into question the dignity of the person affected. Section 29 of the *FLA*, in effect, blocks gay men and lesbians from accessing the legal procedure by which they might seek support from their partner after a relationship has ended. This exclusion suggests that their union is not worthy of recognition or protection. There is therefore a denial of equality within the meaning of s. 15.

#### Justification Under Section 1 of the Charter

Pour déterminer si la distinction est discriminatoire au sens de l'art. 15, l'arrêt *Law* propose que le tribunal prenne en compte des facteurs contextuels relatifs à la demande tels la préexistence de désavantages, la correspondance avec les besoins véritables, l'objet d'amélioration de la loi et la nature ainsi que la portée du droit protégé. En l'espèce, il y a discrimination parce que des personnes sont exclues du régime sur le fondement d'une distinction arbitraire, soit l'orientation sexuelle. Compte tenu de ces facteurs contextuels, je suis convaincu que cette distinction met en doute la dignité de la personne visée. L'article 29 fait effectivement obstacle à l'accès par les gais et les lesbiennes à la procédure prévue par la loi par laquelle ils pourraient réclamer des aliments à leur partenaire après la rupture de l'union. Cette exclusion donne à penser que leur union n'est pas digne d'être reconnue ni protégée. Il y a donc dénégation du droit à l'égalité au sens de l'art. 15.

#### Justification en vertu de l'article premier de la Charte

292 Infringements on the broad guarantees in the *Charter* may be legally justified according to the standard set out in s. 1:

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

Les atteintes aux garanties générales prévues par la *Charte* peuvent se justifier sur le plan légal conformément à la norme prévue à l'article premier:

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

293 This Court has developed a consistent approach to whether legislation is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society, as required by s. 1. There are two stages to this analysis. At the first stage, the objective or purpose

Notre Cour a élaboré une méthode cohérente pour trancher la question de savoir si la loi constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, comme l'exige l'article

behind the limit on the *Charter* guarantee is evaluated to determine if it is of sufficient importance; the second stage considers whether the legislative means chosen are rationally connected to the legislative objective, whether those means minimally impair the *Charter* guarantee that has been infringed, and, finally, whether the infringement of the *Charter* right is nevertheless too severe relative to the benefits arising from the measure. In short, the first stage evaluates legislative ends, while the second stage evaluates legislative means. Both evaluations are made in light of the underlying values of the *Charter*, which inform the application of s. 1 at every stage.

#### Contextual Approach to Analysis Under Section 1

A number of contextual factors must be considered in order to determine the degree of deference owed to the legislature in applying the various steps inherent in the s. 1 analysis. As I explained in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87:

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

Background is particularly important in determining the deference to be afforded to the legisla-

premier. Il s'agit d'une analyse en deux étapes. À la première étape, on évalue l'objectif ou l'objet qui sous-tend la restriction apportée au droit garanti par la *Charte* afin de déterminer s'il est suffisamment important; à la seconde étape, on se demande s'il existe un lien rationnel entre les moyens choisis par le législateur et l'objectif législatif, si ces moyens constituent une atteinte minimale au droit garanti par la *Charte* qui a été violé et, enfin, si l'atteinte au droit garanti par la *Charte* n'est pas, malgré tout, trop grave comparativement aux avantages qui résultent de la mesure. En résumé, la première étape sert à évaluer les fins du législateur, alors que la seconde concerne l'évaluation des moyens qu'il a choisis. Ces deux évaluations se font en fonction des valeurs qui sous-tendent la *Charte*, lesquelles guident l'application de l'article premier à chaque étape.

#### Approche contextuelle à l'analyse fondée sur l'article premier

Il faut tenir compte d'un certain nombre de facteurs contextuels pour déterminer le degré de retenue dont il convient de faire preuve à l'égard du législateur au cours des diverses étapes inhérentes à l'analyse fondée sur l'article premier. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 87:

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Le contexte est particulièrement important lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de retenue dont

ture. The degree of deference cannot be determined by a crude distinction between legislation that pits the state against the individual and legislation that mediates between different groups within society. A court should consider a variety of factors when assessing whether a limit has been demonstrably justified in accordance with s. 1. In *Thomson Newspapers*, I considered the following factors to be of importance: the vulnerability of the group which the legislator seeks to protect (as in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 88); that group's own subjective fears and apprehension of harm (as in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, per McLachlin J., at p. 857); and the inability to measure scientifically a particular harm in question, or the efficaciousness of a particular remedy (as in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 502). These are not rigid categories of justification, but rather instances of relevant contextual factors.

#### Context of the Exclusion: The Social Science Evidence

296

I have been greatly aided in my consideration of the existing social science evidence by the voluminous Brandeis briefs and articles submitted by the respondent. While this evidence is an important source of information for this Court, I must stress that care should be taken with social science data. When dealing with studies exploring the general characteristics of a socially disadvantaged group, a court should be cautious not to adopt conclusions that may in fact be based on, or influenced by, the very discrimination that the courts are bound to eradicate. Judges, in fact, should be diligent in examining all social science material for experimental, systemic or political bias of any kind. With

il convient de faire preuve à l'égard du législateur. On ne saurait déterminer ce degré de retenue en distinguant sommairement les dispositions législatives qui opposent l'État à l'individu de celles qui concilient les intérêts de différents groupes au sein de la société. Le tribunal doit tenir compte d'un ensemble de facteurs lorsqu'il détermine si la justification d'une limite a été démontrée conformément à l'article premier. Dans *Thomson Newspapers*, j'ai estimé que les facteurs suivants étaient importants: la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 88), les craintes subjectives ou la crainte de préjudice entretenues par ce groupe (comme dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge McLachlin, à la p. 857), et l'impossibilité de mesurer scientifiquement le préjudice en cause ou l'efficacité d'une réparation donnée (comme dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 502). Ce ne sont pas des catégories de justification rigides, mais plutôt des exemples de facteurs contextuels pertinents.

#### Contexte de l'exclusion: la preuve tirée des sciences humaines

Les volumineux mémoires de Brandeis et articles déposés par l'intimée m'ont été d'un grand secours dans l'examen de la preuve tirée des données actuelles des sciences humaines. Bien que cette preuve constitue une source d'information importante pour notre Cour, je dois insister sur le fait que la prudence est de mise en ce qui concerne les données des sciences humaines. Lorsqu'il est saisi d'études explorant les caractéristiques générales d'un groupe défavorisé sur le plan social, le tribunal doit se garder de faire siennes des conclusions qui peuvent dans les faits avoir été inspirées ou influencées par la discrimination même que les tribunaux doivent éliminer. Dans les faits, les juges doivent soigneusement examiner toutes les données des sciences humaines pour déceler tout préjugé, qu'il soit expérimental, systémique ou politique. Ce conseil de prudence à l'esprit,

this caution in mind, I will briefly consider the material before this Court.

The 1993 Ontario Law Reform Commission *Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* discusses the possible rationales for the exclusion of same-sex couples from the spousal support provisions of the *FLA*. It states (at pp. 45-46):

A second possible rationale for restricting the definition of spouse to couples of the opposite sex is the argument that the rights granted to spouses in the *Family Law Act* respond to the particular needs of women. Traditionally, heterosexual relationships adhere to a pattern in which there is a sexual division of labour. Men have primary responsibility for earning an income and women have primary responsibility for unwaged labour in the home. Even in relationships in which women work outside of the home, a greater responsibility for child care and household services may force them to limit their involvement in the workforce or may hinder their career development. As well, because of systemic discrimination against women in the workforce, they may earn less than their male spouses. The fact that a woman earns a lower wage creates an economic incentive for the couple to further the male spouse's career. These economic and social pressures frequently result in women suffering disproportionately from the breakdown of a heterosexual relationship. . . .

The relationships of same-sex couples may not correspond to the traditional heterosexual model. In addition, if both partners are of the same sex, any wage differential between the two cannot be ascribed to systemic discrimination in the workplace. Of course, the relationships of some same-sex couples may mimic the heterosexual pattern, with one partner performing unwaged labour in the home or restricting her involvement in the paid workforce, but we do not have sufficient information to know how many same-sex relationships adopt this pattern. We can be certain, however, that systemic discrimination against women in the workplace will not influence the economic relationship of same-sex couples in the same way as it does heterosexual couples. This difference might appear to justify restricting the *Family Law Act* protections to hetero-

j'examinerai brièvement les pièces produites devant notre Cour.

*Le Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act* publié en 1993 par la Commission de réforme du droit de l'Ontario analyse les motifs sur lesquels a pu être fondée l'exclusion des couples de même sexe des dispositions relatives à l'obligation alimentaire entre conjoints de la *LDF*. Il dit (aux pp. 45 et 46):

[TRADUCTION] Un deuxième motif sur lequel a pu être fondée la restriction de la définition du mot «conjoint» aux seuls conjoints de sexe différent est l'argument voulant que les droits accordés aux conjoints en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* répondent aux besoins particuliers des femmes. Traditionnellement, les unions hétérosexuelles correspondent à un modèle en vertu duquel les tâches sont partagées en fonction des sexes. L'homme s'occupe principalement d'apporter un soutien financier, tandis que la femme s'acquitte des tâches ménagères non rémunérées. Même dans les unions où la femme travaille à l'extérieur du foyer, elle assume une plus large part des soins à donner aux enfants et des travaux ménagers de sorte qu'il se peut qu'elle doive limiter sa participation au marché du travail ou que sa carrière en subisse les contrecoups. De plus, en raison de la discrimination systémique dont les femmes sont victimes sur le marché du travail, il se peut que le salaire de la femme soit inférieur à celui de son conjoint de sexe masculin. Le fait que le salaire de la femme soit moindre est un facteur économique qui incite le couple à favoriser la carrière de l'homme. Il résulte souvent de telles pressions économiques et sociales que la femme souffre démesurément lors de la rupture d'une union hétérosexuelle. . .

Il se peut que les unions entre personnes de même sexe ne correspondent pas au modèle hétérosexuel traditionnel. De plus, si les deux partenaires sont de même sexe, la différence de salaire entre eux ne peut être imputée à une discrimination systémique sur le marché du travail. Bien entendu, il se peut que des partenaires de même sexe adoptent le modèle hétérosexuel, l'un d'eux s'acquittant des tâches ménagères non rémunérées ou limitant sa participation au marché du travail, mais faute de données suffisantes, nous ne savons pas combien de couples de même sexe adoptent ce modèle. Il est certain, cependant, que la discrimination systémique dont sont victimes les femmes sur le marché du travail n'aura pas la même influence sur les rapports économiques des couples de même sexe que sur ceux des couples de sexe différent. Cette différence semblerait

sexual couples. Yet the *Family Law Act* is not drafted to respond to this objective; the terms of the statute apply generally, granting rights and responsibilities to both men and women, whether or not their relationship conforms to the traditional pattern. As a result, the restrictive definition of spouse does not appear rationally connected to this objective. [Emphasis added.]

298

The statements of fact made by the Commission's Report crystallize the key issue: that same-sex couples may not suffer from the same economic and social inequalities which tend to create a likelihood of dependence in heterosexual unions. This simply means that the dynamic of gender inequality does not propel same-sex unions in that direction in the way that it does for opposite-sex couples. In discussing evidence of actual characteristics of dependence in same-sex relationships, the Report states (at p. 47):

This justification for excluding same-sex couples from the definitions of spouse used in the *Family Law Act* is difficult to evaluate without more evidence than is available. A recent Canadian study of the relationships of lesbian cohabitants identified points of similarity and distinction. While the lesbian relationships studied were found to have similar qualities of intimacy, these couples had relatively lesser feelings of stability than heterosexual relationships. This may reflect the absence of societal support for lesbian relationships. The lesbian couples were also less economically interdependent than heterosexual couples and shared unwaged household work more equitably. Other commentators have observed that '(m)ost lesbians and gay men are in 'dual-worker' relationships, so that neither partner is the exclusive 'breadwinner' and each partner has some measure of economic independence. Further, examinations of the division of household tasks, sexual behaviour, and decision making in same-sex couples find that clear-cut and consistent husband-wife roles are uncommon'. While this material is suggestive, it is not

justifier la limitation des protections offertes par la *Loi sur le droit de la famille* aux seuls couples hétérosexuels. Pourtant, la *Loi sur le droit de la famille* n'est pas conçue pour atteindre cet objectif; les dispositions de cette loi s'appliquent de façon générale, accordant des droits et imposant des responsabilités tant aux hommes qu'aux femmes, peu importe que leur union corresponde au modèle traditionnel ou non. Par conséquent, la définition restrictive du mot conjoint ne paraît pas être liée de façon rationnelle à cet objectif. [Je souligne.]

Les faits exposés dans le rapport de la Commission cristallisent la question cruciale: il se peut que les couples de même sexe ne souffrent pas des inégalités économiques et sociales qui tendent à rendre vraisemblable l'existence d'un lien de dépendance au sein des unions hétérosexuelles. Cela signifie simplement que la dynamique de l'inégalité des sexes ne pousse pas les unions entre personnes de même sexe dans cette direction comme elle le fait pour les couples de sexe différent. Examinant si les unions entre personnes de même sexe présentent effectivement les caractéristiques de la dépendance, les auteurs du rapport affirment ce qui suit (à la p. 47):

[TRADUCTION] Une telle justification de l'exclusion des couples de même sexe des définitions du mot conjoint prévues dans la *Loi sur le droit de la famille* est difficile à apprécier en l'absence d'éléments supplémentaires. Une étude canadienne récente sur les rapports entre lesbiennes qui cohabitent a établi l'existence de similitudes et de différences. L'étude a conclu que, même s'ils présentaient des similitudes avec les couples hétérosexuels sur le plan de l'intimité, les couples de lesbiennes ressentaient un sentiment de stabilité moindre que ces derniers. Il se pourrait que cela reflète l'absence de soutien des couples de femmes dans la société. L'étude a également conclu que les femmes vivant en couple étaient aussi moins interdépendantes sur le plan financier que les conjoints de sexe différent et que le partage entre elles des tâches ménagères non rémunérées était plus équitable. D'autres commentateurs ont fait remarquer que «(d)ans la plupart des couples de même sexe, les deux partenaires travaillent, ce qui fait que ni l'un ni l'autre des partenaires n'est le seul soutien de famille et que chacun jouit d'une certaine indépendance sur le plan financier. En outre, il ressort d'un examen du partage des tâches domestiques entre partenaires de même sexe, du comportement sexuel et du processus de prise de décision de ces derniers qu'il est rare que les

sufficient to confirm the anti-assimilationist position. [Emphasis added.]

This description is directly relevant to the question at hand and I have found from a survey of the social science evidence that this view is widely supported, especially with respect to economic power relations within same-sex relationships. Many sociological studies indicate that both partners are wage-earners in the vast majority of same-sex relationships. A study which provides an overview of the social science research states:

Same-sex relationships may be less likely than heterosexual relationships to involve gender-typed roles. Available data indicate that most lesbians and gay men do *not* play rigid “husband/wife” roles in such areas as decision-making, sexual behavior, and the division of household tasks; although task specialization often occurs, it typically is based on individual skills and preferences, with neither partner assuming exclusively “masculine” or “feminine” tasks. [Emphasis in original.]

(G. M. Herek, “Myths About Sexual Orientation: A Lawyer’s Guide to Social Science Research” (1991), 1 *Law & Sexuality* 133, at p. 163.)

In a study of various aspects of patterns in lesbian relationships, one researcher makes the following remarks (S. Slater, *The Lesbian Family Life Cycle* (1995), at pp. 50-51):

Lesbians tend to work especially hard to equalize relational power in the financial arrangements between the partners. As women, many lesbians have personally experienced financial obstacles resulting from the culture’s reserving the majority of its resources for white men. Already schooled in the link between money and power, lesbians commonly grapple with how to allocate the family’s money, with both partners being aware of

rapports entre de tels partenaires s’apparentent clairement et systématiquement à ceux qui existent entre mari et femme». Bien que ces données en disent long, elles ne sont pas suffisantes pour confirmer le point de vue défavorable à l’assimilation. [Je souligne.]

Cette description est tout à fait pertinente à l’égard de la question soulevée en l’espèce et j’ai conclu, après avoir examiné la preuve tirée des sciences humaines, que ce point de vue était largement accepté, surtout en ce qui concerne les rapports de domination économique au sein des unions entre personnes de même sexe. Bon nombre d’études sociologiques révèlent que dans la plupart de ces unions, les deux partenaires occupent un emploi rémunéré. Voici ce qui dit une étude qui donne une vue d’ensemble des résultats de la recherche en sciences humaines effectuée sur ce sujet:

[TRADUCTION] Il se pourrait que les unions entre personnes de même sexe soient moins susceptibles de confiner les partenaires dans des rôles fondés sur les sexes que les unions hétérosexuelles. Il ressort des données que nous avons en main que la plupart des lesbiennes et des gais *ne* se cantonnent *pas* dans le rôle rigide du «mari» ou de la «femme» relativement à des questions telles le processus de prise de décision, le comportement sexuel et le partage des tâches ménagères; bien qu’il arrive souvent que les partenaires se spécialisent, ils le font habituellement en fonction de leurs aptitudes et préférences personnelles, ni l’un ni l’autre ne s’acquittant exclusivement des tâches «masculines» ou des tâches «féminines». [En italique dans l’original.]

(G. M. Herek, «Myths About Sexual Orientation: A Lawyer’s Guide to Social Science Research» (1991), 1 *Law & Sexuality* 133, à la p. 163.)

Dans son étude des divers aspects des modèles d’unions entre lesbiennes, un chercheur fait les remarques suivantes (S. Slater, *The Lesbian Family Life Cycle* (1995), aux pp. 50 et 51):

[TRADUCTION] Les partenaires lesbiennes ont tendance à s’efforcer particulièrement d’établir une relation de pouvoir égalitaire entre elles sur le plan financier. En leur qualité de femmes, de nombreuses lesbiennes ont été personnellement confrontées à des obstacles de nature financière du fait que notre culture réserve la plus grande partie des ressources aux hommes de race blanche. Connaissant déjà le lien entre l’argent et le pouvoir, les lesbiennes s’efforcent en général de résoudre le problème de savoir comment sera employé l’argent de la

these decisions' symbolic importance with regard to the balance of power between the partners.

Frequently lesbians struggle to have financial agreements demonstrate their simultaneous commitments to the partners' independence, equality, and interdependence. While lesbian couples do typically expect both partners to be employed (unless there are small children at home or there are other extenuating circumstances), they may not bring home equal paychecks. Nevertheless, lesbians commonly strive to break the traditional linkage between income size and relational power seen in heterosexual couples and to reject the concept of there being a head of the household. As Blumstein and Schwartz report, "Lesbians do not expect to support another adult or be head of a family in the same way a husband expects to take on the position of breadwinner. A lesbian sees herself as a worker, not a provider or a dependent." These researchers found sufficient distinction among lesbians to report that "money establishes the balance of power in relationships, except among lesbians." [Emphasis added.]

famille, les deux partenaires étant conscientes de l'importance symbolique que revêtent ces décisions en ce qui a trait à l'équilibre des forces au sein du couple.

Souvent, les lesbiennes s'efforcent de conclure des ententes sur le plan financier qui attestent simultanément leur engagement à l'égard de l'autonomie et de l'égalité du partenaire et à l'égard de l'interdépendance des membres du couple. Bien que les couples de lesbiennes s'attendent habituellement à ce que les deux partenaires occupent un emploi rémunéré (à moins que l'une des partenaires ne doive prendre soin de jeunes enfants à la maison ou qu'il n'y ait d'autres circonstances atténuantes), il se peut que leurs contributions financières ne soient pas égales. Néanmoins, les lesbiennes s'efforcent généralement de rompre le lien qui existe traditionnellement, et que l'on constate souvent chez les couples de sexe différent, entre l'importance du revenu et l'importance relative du pouvoir de chacun des conjoints, et de rejeter le concept de chef de ménage. Comme le disent Blumstein et Schwartz, «[l]es lesbiennes ne s'attendent ni à prendre un autre adulte en charge, ni à jouer le rôle de chef de famille de la même façon que le mari s'attend à devenir le soutien de famille. La lesbienne se considère comme une travailleuse et non comme un soutien de famille ou une personne à charge». Ces chercheurs ont constaté suffisamment de distinctions parmi les lesbiennes pour conclure que «l'argent détermine l'équilibre des forces au sein des couples, sauf en ce qui concerne les couples de lesbiennes». [Je souligne.]

299

The preponderance of this social science evidence indicates that same-sex, particularly lesbian, relationships do not generally share the imbalance in power that is characteristic of opposite-sex couples and which causes economic dependency in the course of an intimate relationship. Moreover, the likelihood of household responsibilities becoming a strong source of interdependence and division of labour is lessened with the smaller number of children in same-sex households. Although this is not determinative on its own, it does indicate that a catalyst for dependence and division of labour within the relationship is significantly more

La prépondérance de cette preuve tirée des sciences humaines indique que les couples de même sexe, en particulier les unions entre lesbiennes, ne donnent généralement pas lieu au déséquilibre des forces qui caractérise les couples de sexe différent et engendre la dépendance financière au sein d'une union intime. En outre, la probabilité que les responsabilités domestiques deviennent une source importante de l'interdépendance et du partage des tâches entre les conjoints est réduite dans les ménages de même sexe en raison du nombre moins élevé d'enfants qui y vivent. Bien que ces données ne soient pas concluantes en elles-mêmes, elles indiquent néanmoins que la présence d'un catalyseur de la dépendance et du partage des tâches entre conjoints est beaucoup plus fréquente parmi les couples de sexe différent que parmi les

common in opposite-sex couples than in same-sex relationships, particularly gay male relationships.

The legislative structure at issue in this case involves mandatory ascription of status, obligations and entitlements. This case is not about the right to choose to be bound by support obligations — that choice already exists within the law of contract. The cost of imposing the s. 29 regime is the reduction of the autonomy of individuals affected. It is argued that while the imposition of such a regime makes sense in the context of a situation of social inequality which itself interferes with the exercise of autonomy, the situation of gay and lesbian couples generally does not suggest that their autonomy is impaired.

On the other hand, it is important to consider that same-sex couples do not have the benefit of consensual access to the family law regime through marriage and that the obligations incurred through the importation of the regime will impose no actual costs on those same-sex partners who are in a situation of equality. The *FLA*'s support provisions affect only those relationships in which there is actual economic dependence of one partner on the other. The issue is whether relationships of dependence in one category can be differentiated from relationships of dependence in the others.

The context in which the present s. 1 analysis must be pursued is one in which, although there are fundamental differences in the general economic relationships between heterosexual and same-sex partners, there is also recognition of the ascription of family status to same-sex relationships in society in general, as well as in some legislation and government policies, i.e., the proposed amendments to the *Immigration Act*; see *Building on a Strong Foundation for the 21st Century: New Directions for Immigration and Refugee Policy and Legislation* (1998); *Adoption Act*, R.S.B.C.

couples de même sexe, en particulier les couples de gais.

Le régime législatif en cause dans la présente affaire comporte l'attribution d'un état, d'obligations et de droits. La présente affaire ne porte pas sur le droit de choisir d'être assujéti à des obligations alimentaires — ce choix est déjà prévu par le droit des contrats. Le coût de l'imposition du régime prévu par l'art. 29 est la réduction de l'autonomie des personnes visées. On prétend que si l'imposition d'un tel régime est logique dans le contexte d'une situation d'inégalité sociale faisant elle-même obstacle à l'exercice de l'autonomie, la situation dans laquelle se trouvent les couples homosexuels en général ne donne pas à penser que leur autonomie est réduite.

En revanche, il est important de tenir compte du fait que, ne pouvant se marier, les couples de même sexe ne bénéficient pas d'un accès consensuel au régime du droit de la famille et que les obligations auxquelles l'importation du régime donne naissance n'imposeront aucun coût réel aux partenaires de même sexe dont l'union est empreinte d'égalité. Les dispositions relatives à l'obligation alimentaire de la *LDF* ne visent que les unions dans lesquelles l'un des partenaires dépend effectivement de l'autre sur le plan financier. La question est de savoir si une distinction peut être établie entre les rapports de dépendance au sein d'une catégorie et les rapports de dépendance au sein des autres catégories.

Bien qu'il y ait des différences fondamentales dans les rapports économiques généraux entre partenaires de sexe différent et partenaires de même sexe, le contexte dans lequel doit être faite l'analyse fondée sur l'article premier en l'espèce révèle également une reconnaissance de l'assimilation de l'union entre personnes de même sexe à la famille au sein de la société en général ainsi que dans certaines dispositions législatives et politiques gouvernementales, soit les modifications proposées à la *Loi sur l'immigration*; voir *De solides assises pour le 21<sup>e</sup> siècle: Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés* (1998); *Adoption*

300

301

302

1996, c. 5, s. 5(1); *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 1(1).

*Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 5, par. 5(1); *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, par. 1(1).

303

The recognition of the prevalence of discrimination against non-heterosexuals and of the need to eradicate this form of discrimination is another part of the social context to be considered in this case. As Cory J. considered in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at paras. 175-78, many legislators in Canada and other jurisdictions have recognized sexual orientation as a prohibited ground of discrimination. Indeed, the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, and the human rights acts of all of the provinces prohibit discrimination based on sexual orientation. This is further reflected in s. 718.2(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which establishes heightened penalties for crimes motivated by bias, prejudice or hate based on, *inter alia*, sexual orientation.

Does This Context Suggest that More or Less Deference Should Be Accorded to Legislative Choices in This Area?

304

The s. 1 analysis in the present case must evaluate what degree of underinclusion in the accomplishment of the purposes behind the definition of "spouse" is permitted when these purposes, and those of the Act as a whole, are balanced against *Charter* values. In other words, even if most individual partners in same-sex relationships are not in a position more typical of a woman in an opposite-sex relationship, some are. If the Court can perceive this to be the case, can it rewrite the boundary in order to include that smaller number of individuals who are in such a position, or must it defer to legislative determination of the issue? In reviewing the factors relevant to determining the level of deference to be accorded to the legislature, I have concluded that deference should not be given a dominant role in the present instance.

La reconnaissance de la fréquence de la discrimination exercée à l'endroit des personnes non hétérosexuelles et de la nécessité d'éliminer ce genre de discrimination constitue un autre aspect du contexte social dont il faut tenir compte dans la présente affaire. Comme le juge Cory l'a noté dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, aux par. 175 à 178, bien des législateurs, aussi bien au Canada qu'à l'étranger, ont reconnu l'orientation sexuelle au nombre des motifs de discrimination prohibés. En effet, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et les lois sur les droits de la personne de toutes les provinces interdisent la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Cela se reflète également au sous-al. 718.2a(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui prévoit des peines plus sévères pour les crimes motivés par de la haine ou des préjugés fondés notamment sur l'orientation sexuelle.

Selon ce contexte, faut-il faire preuve de plus ou de moins de retenue à l'égard des choix du législateur dans ce domaine?

L'analyse fondée sur l'article premier dans la présente affaire doit évaluer jusqu'à quel point il y a lieu de limiter la catégorie visée pour atteindre les objets qui sous-tendent la définition du mot «conjoint», ces objets et ceux de la Loi dans son ensemble étant appréciés en fonction des valeurs véhiculées par la *Charte*. En d'autres termes, même si dans les unions entre personnes de même sexe la majorité des partenaires ne sont pas dans une situation qui s'apparente à celle de la femme dans les unions entre personnes de sexe différent, c'est le cas pour certains. Si la Cour constate que c'est effectivement ce qui se produit, peut-elle tracer une nouvelle ligne de démarcation afin d'inclure les quelques personnes se trouvant dans cette situation, ou doit-elle s'en remettre à la décision prise par le législateur sur la question? En examinant les facteurs pertinents quant à la détermination du degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard du législateur, j'ai conclu que la retenue ne devait pas jouer un rôle prédominant en l'espèce.

There are several criteria for determining the degree of deference which ought to be shown legislative classifications which are challenged as a violation of s. 15. First, there is the nature of the interest actually affected by the inclusion or exclusion from the class. The more fundamental the interest affected, the less deference a court should be prepared to accord to the legislature. In this case, although the respondent is not left in a total legal vacuum, she is denied the assistance of counselling and mediation of the family law regime, as well as the benefit of access to the specific remedy of spousal support. In particularly egregious cases, remedies are available against a long-time partner with whom one has laboured to build up common wealth through the equitable doctrine of the constructive trust (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980), but this does not alter the fact that the consequences of the failure to include the respondent in s. 29 are significant.

The respondent M. submits that the harm that arises due to the inapplicability of s. 29 goes beyond the inability to recover a share of what has been invested in the relationship. She argues that the true significance of the inapplicability of s. 29 is that it renders gay and lesbian couples invisible to the law, and it treats them as less worthy of respect and dignity because their intimate relationships are not accorded any legal recognition. There is force to this argument.

The respondent H. replies to this argument by noting that the source of this invisibility is not the failure to stretch s. 29 to cover same-sex couples; rather, it is the government's failure to provide a unique legislative framework to legally recognize the significance and legal ramifications of same-sex unions. The Law Reform Commission itself, *supra*, at p. 45, stated that "we do not have sufficient information to know how many same-sex relationships adopt [the opposite-sex] pattern" with respect to division of labour in the household. It proposed a number of policy alternatives that

Plusieurs critères permettent de déterminer le degré de retenue dont un tribunal doit faire preuve à l'égard des classifications législatives qui sont contestées en vertu de l'art. 15. Premièrement, il y a la nature du droit réellement visé par l'inclusion dans la catégorie ou l'exclusion de cette dernière. Plus le droit concerné est fondamental, moins le tribunal doit faire preuve de retenue à l'égard du législateur. En l'espèce, bien que l'intimée ne soit pas confrontée à un vide juridique complet, elle est privée des services de counseling et de médiation qu'offre le régime du droit de la famille, de même que de l'accès à la réparation particulière que constitue l'obligation alimentaire entre conjoints. Dans les cas particulièrement flagrants, la personne pourra obtenir réparation de son partenaire de longue date avec lequel elle a travaillé en vue d'accumuler un patrimoine commun, en invoquant la doctrine de la fiducie par interprétation, reconnue en *equity* (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980), mais cela ne change pas le fait que les conséquences de l'omission d'inclure l'intimée à l'art. 29 sont importantes.

L'intimée M. soutient que le préjudice qui résulte de l'inapplicabilité de l'art. 29 va au-delà de l'incapacité de recouvrer une partie de ce qui a été investi dans l'union. Elle fait valoir que l'inapplicabilité de l'art. 29 rend véritablement invisibles aux yeux de la loi les couples de gais et de lesbiennes qui sont traités comme s'ils méritaient moins le respect et la dignité parce que leur union intime n'est pas reconnue sur le plan juridique. Cet argument n'est pas dénué de fondement.

L'intimée H. répond à cet argument en faisant remarquer que la source de cette invisibilité n'est pas l'omission d'étendre l'application de l'art. 29 aux couples de même sexe, mais plutôt l'omission, de la part du gouvernement, d'élaborer un cadre législatif unique pour reconnaître légalement la portée et les conséquences juridiques des unions entre personnes de même sexe. La Commission de réforme du droit a elle-même dit, à la p. 45 de son rapport, précité, que [TRADUCTION] «faute de données suffisantes, nous ne savons combien de couples de même sexe adoptent [l]e modèle [hété-

305

306

307

would specifically address the position of same-sex couples and perhaps others.

roseuel]» pour ce qui est du partage des tâches. Elle a proposé un certain nombre de principes directeurs qui s'appliqueraient expressément aux couples de même sexe et peut-être même à d'autres.

308 I agree that the failure to provide same-sex couples with any consensual avenue for mutual and public recognition perpetuates a legal invisibility which is inconsistent with the moral obligation of inclusion that informs the spirit of our *Charter*. The best means of eliminating this invisibility may be for the government to conduct consultation and studies in order to create legislation that accords with the expectations and circumstances of same-sex couples. In my view, there is nothing preventing the legislature from taking this initiative even if the only present means of addressing the discrimination is to declare that same-sex partners shall have access to the existing family law regime.

Je conviens que le fait de ne pas offrir aux couples de même sexe la possibilité d'obtenir par voie consensuelle une reconnaissance mutuelle et publique perpétue une invisibilité juridique qui est incompatible avec l'obligation morale d'inclusion dont est empreint l'esprit de notre *Charte*. Il se peut que la meilleure façon d'éliminer cette invisibilité soit que le gouvernement effectue des consultations et des études afin d'élaborer des lois qui s'accordent avec les attentes des couples de même sexe et la situation dans laquelle ils se trouvent. À mon avis, rien n'empêche le législateur de s'engager dans cette voie, même si le seul moyen qui s'offre présentement à la Cour pour combattre la discrimination est de déclarer que les partenaires de même sexe auront accès au régime actuel du droit de la famille.

309 The vulnerability of the group that is excluded by the definition in question is also relevant in assessing the quality of the interest affected by the exclusion, and the degree of deference that is appropriate with respect to other *Charter* guarantees (*Irwin Toy, supra*, at p. 995; *Ross, supra*, at para. 88). This can be an ambiguous factor in cases involving social legislation since the vulnerability of the included group will often bespeak a higher degree of deference to the government's program, while the vulnerability of the excluded group will support the opposite approach. This case, however, does not involve a balancing of interests, although there is clear evidence of adverse impact on a vulnerable group.

La vulnérabilité du groupe exclu par la définition en question est également pertinente quant à l'appréciation de la nature du droit visé par l'exclusion et du degré de retenue dont il convient de faire preuve en ce qui concerne d'autres droits garantis par la *Charte* (*Irwin Toy*, précité, à la p. 995; *Ross*, précité, au par. 88). Ce facteur peut être une source d'ambiguïté dans des affaires faisant intervenir une loi à caractère social, car souvent, la vulnérabilité du groupe inclus appellera un plus haut degré de retenue envers le programme établi par le gouvernement, alors que celle du groupe exclu favorisera l'adoption de l'approche opposée. La présente affaire, cependant, n'exige pas l'établissement d'un équilibre entre des droits, bien que la preuve démontre clairement l'existence d'un effet préjudiciable sur un groupe vulnérable.

310 Another factor militating in favour of deference is complexity. In deciding the standard of review of administrative decisions, one of the criteria to be considered is the level of expertise required of the decision-maker in settling the question in dispute. The animating principle is not that a court should shy away from difficult decisions, but

Un autre facteur militant en faveur de la retenue est la complexité de la question. Pour décider de la norme à appliquer au contrôle des décisions administratives, l'un des critères dont il faut tenir compte est le degré de connaissances spécialisées que doit posséder le décideur pour trancher la question litigieuse. Le principe clé n'est pas que le

rather that, with regard to certain types of questions, a greater degree of deference might be owed to non-judicial decision-makers. In my view, the polycentricity of the issues relating to definitions of marriage and common-law spousal status warrant judicial caution in overruling legislative classifications. Section 29 is part of an elaborate network of obligations and entitlements contained not only in other provisions of the *FLA*, but also in many other statutes. Many of these obligations and entitlements are directly related to the central role of the traditional family in social legislation. We must recognize the value of establishing integrated social programs and norms that reflect clear policy objectives. When the Court decides to redraw the classificatory boundary, it removes a single piece from that interlocking scheme. Consequently, a situation arises in which some legislative provisions which apply to opposite-sex couples will apply to same-sex couples, while others will not, depending upon whether a particular section has been challenged, and the judicial outcome of the challenge. Courts are simply ill-suited to manage holistic policy reform. If a court must intervene, it must therefore circumscribe that intervention as much as possible. As this Court acknowledged in *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925, at para. 24:

This change to the law of tort is fraught with complexities and ramifications, the consequences of which cannot be precisely foretold. At what stage would a fetus acquire rights? Could women who choose to terminate a pregnancy face injunctive relief prohibiting termination, relief which this Court rejected in *Tremblay v. Daigle*? Alternatively, could they face an action for damages brought on behalf of the fetus for its lost life? If a pregnant woman is killed as a consequence of negligence on the highway, may a family sue not only for her death, but for that of the unborn child? If it is established that a fetus can feel discomfort, can it sue its mother (or perhaps her doctor) and claim damages for the discomfort? If the unborn child is a legal person with legal rights, arguments can be made in favour of all

tribunal devrait répugner à trancher des questions épineuses, c'est plutôt qu'il se pourrait qu'un degré plus élevé de retenue s'impose à l'égard des décideurs non judiciaires en certaines matières. À mon avis, la polycentricité des questions que soulèvent les définitions du mariage et de l'état de conjoint de fait justifie que les tribunaux agissent avec prudence lorsqu'ils sont invités à annuler des classifications législatives. L'article 29 fait partie d'un réseau complexe d'obligations et de droits visés non seulement par d'autres dispositions de la *LDF*, mais également par de nombreuses autres lois. Bon nombre de ces obligations et de ces droits sont directement liés au rôle central que joue la famille traditionnelle dans la législation sociale. Nous devons reconnaître l'intérêt d'établir des normes et des programmes sociaux intégrés qui reflètent des objectifs clairs. Lorsque la Cour décide de tracer une nouvelle ligne de démarcation délimitant la catégorie visée, elle retire une pièce de ce régime aux éléments imbriqués. En conséquence, certaines dispositions législatives applicables aux couples de sexe différent viseront les couples de même sexe, alors que d'autres ne seront pas applicables, selon que la disposition aura été contestée ou non devant les tribunaux et selon l'issue de la contestation. Les tribunaux ne sont tout simplement pas en mesure de gérer des réformes politiques globales. Le tribunal qui doit intervenir doit donc circonscrire le plus possible son intervention. Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, au par. 24:

Une telle mutation du droit de la responsabilité délictuelle comporte à la fois des difficultés et des ramifications, dont les conséquences ne peuvent être prévues avec exactitude. À quel moment le fœtus deviendra-t-il sujet de droit? La femme qui décide de mettre fin à sa grossesse s'exposera-t-elle à une injonction lui interdisant de le faire, pareille injonction ayant été refusée par notre Cour dans *Tremblay c. Daigle*? Subsidiairement, pourrait-elle faire l'objet d'une action en dommages-intérêts intentée au nom du fœtus, le préjudice étant la vie perdue? Lorsqu'une femme enceinte périt à cause de la négligence d'un conducteur, la famille peut-elle poursuivre non seulement pour son décès, mais aussi pour celui de l'enfant qu'elle portait? S'il est établi qu'un fœtus peut ressentir un malaise, peut-il poursuivre sa

these propositions. Some might endorse such changes, others deplore them. The point is that they are major changes attracting an array of consequences that would place the courts at the heart of a web of thorny moral and social issues which are better dealt with by elected legislators than by the courts. Having broken the time-honoured rule that legal rights accrue only upon live birth, the courts would find it difficult to limit application of the new principle to particular cases. By contrast, the legislature, should it choose to introduce a law permitting action to protect unborn children against substance abuse, could limit the law to that precise case. [Emphasis added.]

311 Of course, complexity alone cannot be a justification for a breach of a *Charter* right. But a court should, as in cases of administrative judicial review, be aware of the limits to its own institutional competence in deciding at what point it should replace legislative judgment with its own judgment as to acceptable classificatory distinctions. As Dickson C.J. remarked in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 781-82: "A 'reasonable limit' is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line." These words are even more apposite in the context of legislation implicating a chain of interconnecting interests of which a court can be only dimly aware in any one case brought before it.

312 In the particular circumstances of this case, I believe it is possible to isolate the feature of the family law regime which has been challenged because the advocated extension of its application has no impact on the integrity of the regime or its purposes. Obviously, this may not be the case with regard to other features of this same regime. Accordingly, a challenge to other provisions of the *FLA* would require separate judicial analysis.

mère (ou peut-être son médecin) et demander une indemnité à ce titre? Si l'enfant à naître est une personne juridique titulaire de droits, des arguments peuvent être formulés à l'appui de toutes ces propositions. Certains pourront souscrire à une telle évolution, d'autres la déploreront. Il reste qu'il s'agit d'une modification substantielle aux conséquences multiples qui placerait les tribunaux au cœur d'un épineux débat d'ordre moral et social relevant davantage des élus que des tribunaux. En rompant avec la règle traditionnelle selon laquelle les droits ne s'acquiescent qu'à la naissance vivante, les tribunaux auraient du mal à restreindre l'application du nouveau principe à certains cas particuliers. [Je souligne.]

Bien entendu, la complexité de la question ne saurait à elle seule justifier la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Cependant, le tribunal doit, comme il le fait lorsqu'il tranche une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, être conscient des limites que comporte sa propre compétence institutionnelle en décidant à quel moment il doit substituer sa propre opinion à celle du législateur sur la question de savoir si les distinctions servant à définir une catégorie sont acceptables ou non. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 781 et 782: «Une "limite raisonnable" est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.» Cette remarque est encore plus juste dans le contexte d'une loi faisant intervenir toute une série de droits interreliés dont le tribunal peut n'être qu'obscurément conscient dans une affaire donnée.

Dans les circonstances particulières de la présente affaire, j'estime qu'il est possible d'isoler la caractéristique contestée du régime du droit de la famille parce que l'élargissement préconisé de son champ d'application n'a pas d'incidence sur l'intégrité du régime ni sur ses objets. Il se peut bien entendu qu'il n'en soit pas ainsi pour d'autres caractéristiques de ce régime. En conséquence, la contestation d'autres dispositions de la *LDF* exigerait une analyse judiciaire distincte.

I do not agree with the proposition that the novelty of the basis of a challenge to a legislative classification leaves the Court powerless; nor do I accept that a process of incremental legislative change necessarily provides justification in the face of a classificatory scheme which is found to be substantially underinclusive or underinclusive with respect to fundamental interests (*per* Sopinka J. in *Egan, supra*, at para. 111). Alone, these considerations do not provide any rationale for granting deference to the legislature's choice. The only relevance of incrementalism is that social realities may evolve over time and affect the justification under s. 1. If social realities emerge which demonstrate that a legislative classification fails to recognize a significant number of individuals who fall within the purpose of the definition, and that this failure indicates that a *Charter* right has been infringed, then the marker must be altered. Subject to that consideration, the legislature is perfectly entitled to address the situations that it considers most severe or most deserving of immediate legislative attention. It need not identify all the perceived harm in society and address it in every context and in every degree (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and *Edwards, supra*). This is because the cost-benefit balance to the state and to others affected by the legislation changes as different social situations are addressed.

In this case, with regard to the specific issue of support obligations between spouses, the issue is neither administrative difficulty nor a strain on financial resources. The legislature defined a classification which it perceived to present the most unequal of these domestic relationships whose legal status had not been consensually determined, and where it perceived the cost-benefit analysis to be most favourable. There is no reason to give special deference to legislative choices in this case on the basis that the arbitration of social needs had to be made and priorities established.

Je n'adhère pas à la proposition voulant que la nouveauté du fondement de la contestation d'une classification législative rende la Cour impuissante; je n'accepte pas non plus que le gradualisme des modifications législatives justifie nécessairement la classification dont la portée est jugée beaucoup trop limitative ou trop limitative à l'égard de droits fondamentaux (le juge Sopinka dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 111). À elles seules, de telles considérations ne sauraient motiver une attitude de retenue à l'égard du choix du législateur. La seule pertinence du gradualisme tient au fait que les réalités sociales peuvent évoluer avec le temps et avoir une incidence sur la justification en vertu de l'article premier. S'il s'avérait, à la lumière des réalités sociales, qu'une classification législative ne reconnaît pas un nombre important de personnes visées par l'objet de la définition et que cette omission dénote la violation d'un droit garanti par la *Charte*, il faudrait modifier le critère employé. Sous réserve de cette considération, le législateur a parfaitement le droit de régler les situations qui, à ses yeux, sont les plus graves ou méritent le plus son attention. Il n'a pas à s'attaquer à tous les maux perçus dans la société et à y remédier dans tous les contextes, quelle qu'en soit la gravité (voir les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et *Edwards*, précité). Il en est ainsi parce que l'équilibre coûts-avantages pour l'État et les autres personnes touchées par les modifications législatives varie en fonction des différentes situations sociales.

En l'espèce, pour ce qui est de la question particulière des obligations alimentaires entre conjoints, la question litigieuse ne porte pas sur des difficultés administratives ni des contraintes financières. Le législateur a établi une classification regroupant les ménages dont la situation juridique n'a pas été déterminée de façon consensuelle et qui, selon lui, donnent lieu aux plus grandes inégalités et pour lesquels l'analyse coûts-avantages est la plus favorable. Il n'y a aucune raison de faire preuve d'une retenue particulière à l'égard des choix du législateur en l'espèce parce qu'il fallait arbitrer des conflits entre des besoins sociaux et établir des priorités.

315

Another helpful criterion which is used in determining the proper attitude of deference is the source of the rule. Although I would be reluctant to place significant weight on this factor alone, it can be used as a helpful indicator of the quality of the decision. Rules that are the product of common law development, or which are made by unelected decision-makers, ought to be accorded less deference in the absence of other factors. Delegated decision-makers are presumptively less likely to have ensured that their decisions have taken into account the legitimate concerns of the excluded group, while a legislative expression of will presumptively indicates that all interests have been adequately weighted (see M. Jackman, "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661, at pp. 668-69). If, as Professor J. H. Ely (*Democracy and Distrust* (1980)) and Professor R. Dworkin (*Freedom's Law* (1996)) suggest, one of our principal preoccupations in the equality guarantee is to ensure that the rights of all have been taken into account in the decision-making process, then processes which are more procedurally careful and open deserve greater deference. That presumption will certainly not immunize legislation from review. The specific refusal by the Alberta legislature to include sexual orientation as a prohibited ground of discrimination of the *Individual's Rights Protection Act* did not prevent this Court from finding that distinction to be a violation of the equality guarantee (*Vriend, supra*, at para. 115; see also *Romer v. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), where even an amendment by plebiscite was struck down as a patent infringement on the right to equality). In those cases, despite the democratic nature of the processes, there was no significant justification for the distinction given in the course of the deliberations. Rather than a guarantee that equal consideration has been given, a democratic procedure merely gives greater weight to the facts, and the interpretation of facts, upon which the legislator has relied and that are open to reasonable disagreement.

Un autre critère utile pour déterminer le degré de retenue dont il convient de faire preuve est la source de la règle. J'hésiterais à accorder beaucoup de poids à ce seul facteur, mais j'estime qu'il peut être utile pour préciser la nature de la décision. Il convient de faire preuve de moins de retenue à l'égard des règles qui tirent leur origine de la common law ou qui ont été établies par des décideurs non élus, en l'absence d'autres facteurs. On doit présumer qu'il est moins probable que les décideurs titulaires d'un pouvoir délégué aient tenu compte des intérêts légitimes du groupe exclu en prenant leur décision, alors qu'on doit présumer qu'en exprimant sa volonté, le législateur a convenablement soupesé tous les intérêts en jeu (voir M. Jackman, «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the *Charter*» (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 661, aux pp. 668 et 669). Si, comme l'affirment les professeurs J. H. Ely (*Democracy and Distrust* (1980)) et R. Dworkin (*Freedom's Law* (1996)), l'un des principaux objectifs du droit à l'égalité est de veiller à ce qu'il soit tenu compte des droits de tous dans le processus décisionnel, il s'ensuit que les processus plus prudents et transparents sur le plan procédural méritent un plus grand respect. Une telle présomption ne mettra certainement pas une loi à l'abri du contrôle judiciaire. Le refus explicite du législateur albertain d'inclure l'orientation sexuelle en tant que motif illicite de discrimination dans l'*Individual's Rights Protection Act* n'a pas empêché notre Cour de conclure que la distinction en cause portait atteinte au droit à l'égalité (voir l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 115; voir également l'arrêt *Romer c. Evans*, 116 S.Ct. 1620 (1996), dans lequel même une modification par plébiscite a été annulée pour le motif qu'elle portait manifestement atteinte au droit à l'égalité). Dans ces affaires, malgré la nature démocratique des processus, aucune justification valable de la distinction n'avait été fournie au cours des délibérations. Plutôt que de garantir que tous les intérêts ont été également considérés, la procédure démocratique accorde tout simplement une plus grande importance aux faits et à l'interprétation des faits sur lesquels le législateur s'est fondé, et qui sont susceptibles d'être raisonnablement contestés.

In reviewing the debates leading to the rejection of Bill 167, the *Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1994*, I noted two objections voiced by the Justice Critic for the Conservative Party: first, that the institution of marriage was being altered by these amendments; and second, that there were other groups to whom some or all of the benefits and burdens of legal recognition of interdependence might also be extended should the foundation for the present classification be changed (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, June 1, 1994, at p. 6583). These objections are neither patently fallacious nor do they indicate an animus or prejudice against same-sex couples. The problem is that they do not address the *Charter* right to equal concern and respect and that they were voiced in the context of a wide-ranging amendment that would have affected a variety of statutes with different foundations and purposes.

A final factor with regard to deference which must be examined in this case is the role of moral judgments in setting social policy. In this respect, the comments of Sopinka J. in *Butler, supra*, at pp. 492-93, are instructive:

The obscenity legislation and jurisprudence prior to the enactment of s. 163 were evidently concerned with prohibiting the "immoral influences" of obscene publications and safeguarding the morals of individuals into whose hands such works could fall. The *Hicklin* philosophy posits that explicit sexual depictions, particularly outside the sanctioned contexts of marriage and procreation, threatened the morals or the fabric of society. . . .

I agree with Twaddle J.A. of the Court of Appeal that this particular objective is no longer defensible in view of the *Charter*. . . .

On the other hand, I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society.

En examinant les débats qui ont conduit au rejet du projet de loi 167, la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l'égalité*, j'ai noté deux objections formulées par le représentant du Parti conservateur chargé de critiquer le gouvernement en matière de justice: premièrement, ces modifications changeaient la nature du mariage en tant qu'institution et, deuxièmement, il y avait d'autres groupes auxquels certains, voire l'ensemble des avantages et des fardeaux résultant de la reconnaissance juridique de l'existence d'une relation d'interdépendance pourraient être étendus si la base de la classification en cause était modifiée (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 1<sup>er</sup> juin 1994, à la p. 6583). Ces objections ne sont pas manifestement trompeuses et ne dénotent pas l'existence d'une hostilité ou de préjugés envers les couples de même sexe. Le problème est qu'elles ne tiennent pas compte du droit d'être traité avec le même intérêt et le même respect que garantit la *Charte*, et qu'elles ont été soulevées dans le contexte d'une modification importante qui aurait eu une incidence sur tout un lot de lois aux fondements et aux objets différents.

Le dernier facteur qui doit être examiné en l'espèce en ce qui concerne la retenue judiciaire est le rôle que jouent les jugements de valeur dans l'élaboration des politiques sociales. À cet égard, les remarques du juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, précité, aux pp. 492 et 493, sont intéressantes:

Avant l'adoption de l'art. 163, la législation et la jurisprudence en matière d'obscénité visaient évidemment à éliminer les «influences immorales» des publications obscènes et à sauvegarder la moralité des personnes qui pourraient les voir. La philosophie de l'arrêt *Hicklin* pose en principe que les représentations sexuelles explicites, notamment en dehors des contextes approuvés du mariage et de la procréation, menacent la moralité ou la structure de la société. . . .

Je suis d'accord avec le juge Twaddle de la Cour d'appel que cet objectif particulier n'est plus défendable compte tenu de la *Charte*. . . .

Par contre, je ne puis souscrire à l'opinion de l'appellant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique.

The Court came to the conclusion in *Butler* that although the obscenity provisions of the *Criminal Code* had their origins in moral considerations, there was nevertheless an objective harm to society which, in contemporary society, was the principal objective of the section. The social science evidence demonstrated a reasonable apprehension of harm to women arising from these depictions that justified infringing on the freedom of expression in the *Charter*.

La Cour a conclu dans cet arrêt que même si les dispositions du *Code criminel* en matière d'obscénité tiraient leur origine de considérations morales, il y avait néanmoins un fléau social objectif qui constituait dans la société contemporaine le principal objectif du texte législatif. La preuve tirée des sciences humaines montrait que ces représentations suscitaient la crainte raisonnable d'un préjudice porté aux femmes, ce qui justifiait l'atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte*.

318 I am struck by the similarity between the evolving moral values ascribed to the family unit by society and these observations by Sopinka J. Society has an interest in the traditional family. The vast majority of children born in our society are born and raised in this environment, notwithstanding the development of reproductive technologies which arguably make this family form biologically unnecessary. In truth, this opposite-sex family form is a product of socialization. In recognition of the significance of the procreative and socializing role of the opposite-sex family, the modern state has created a host of inducements for this family form, in addition to the obligations between the parties which are intended to mitigate the insecurities created by traditional patterns of gender inequality and specialization.

Je trouve frappante la similitude entre l'évolution de la valeur morale que la société attache à la famille et ces remarques du juge Sopinka. La société s'intéresse à la famille traditionnelle. Dans notre société, la vaste majorité des enfants naissent et sont élevés dans ce cadre, malgré l'avènement de méthodes de procréation dont on pourrait soutenir qu'elles rendent ce type de famille inutile sur le plan biologique. En fait, la famille traditionnelle, qui repose sur l'union d'un homme et d'une femme, est un produit de la socialisation. Reconnaissant l'importance de son rôle en matière de procréation et de socialisation, l'État moderne a pris toute une série de mesures pour favoriser ce type de famille, en plus d'imposer aux conjoints des obligations visant à atténuer les insécurités découlant de l'inégalité des sexes et de la spécialisation des rôles dont la présence est régulièrement constatée au sein de la famille traditionnelle.

319 Both the inducements, and the rights and obligations within the couple, confer an objective benefit to society by creating a regime in which opposite-sex partners will suffer the least harm by virtue of engaging in the sometimes risky enterprise of a family. Even though the institution of marriage is imbued with moral significance for many people, which is the source of their objection to the extension of any marital or quasi-marital status to same-sex couples, there is a social function performed by that legal status which grants a benefit on society, and which is typically applicable to male-female unions, given the current social context of gender inequality. To the extent that moral factors play a role in supporting an important social institution, I do not believe it is wrong for the Court to be aware of the special sensitivities of those

Les mesures favorisant la famille de même que les droits et obligations des conjoints profitent de façon objective à la société, car ils créent un régime dans le cadre duquel les conjoints de sexe différent subiront le moins de préjudice en se lançant dans l'entreprise parfois risquée de la famille. Même si l'institution du mariage revêt une signification morale aux yeux de nombreuses personnes, laquelle est à l'origine de leur opposition à toute reconnaissance de l'état matrimonial ou quasi matrimonial aux couples de même sexe, ce statut juridique qui profite à la société et qui est traditionnellement applicable aux unions entre un homme et une femme, remplit une fonction sociale vu le contexte actuel d'inégalité des sexes. Dans la mesure où des facteurs d'ordre moral contribuent à soutenir une institution sociale importante, rien ne

judgments in society. Like all factors, they must necessarily be assessed in light of *Charter* values.

I am satisfied, however, that the government's legitimate interest in setting social policies designed to encourage family formation can be met without imposing through exclusion a hardship on non-traditional families. There is no evidence that the social purpose of s. 29 would be endangered by the extension in its application. In fact, the extension sought is consistent with the legislative purpose of ensuring a greater degree of autonomy and equality within the family unit.

A review of the foregoing factors indicates that there is no need to be deferential to the legislative choice in this case. The nature of the interest affected by the exclusion is fundamental, the group affected is vulnerable, it is possible to isolate the challenged provision from the complex legislative scheme, there is no evidence of the government establishing priorities or arbitrating social needs, the legislative history indicates that there was no consideration given to the *Charter* right to equal concern and respect, and the government's interest in setting social policy can be met without imposing a burden on non-traditional families. Thus, as there is no basis on which to defer to the legislature, I will proceed to a strict application of the traditional test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

#### Legislative Purpose

Determining legislative purpose is theoretically and practically a difficult task. As Professor Hogg has remarked (*Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 35-17):

s'oppose à ce que la Cour soit consciente des sensibilités particulières qui sous-tendent ces jugements dans la société. Comme tous les facteurs, elles doivent nécessairement être appréciées en fonction des valeurs véhiculées par la *Charte*.

Je suis convaincu, cependant, qu'il est possible de répondre à l'intérêt légitime porté par le gouvernement à l'élaboration de politiques sociales conçues de manière à favoriser la formation des familles sans que les familles non traditionnelles soient soumises à des contraintes excessives par la voie d'une exclusion. Aucune preuve n'établit que l'objet social visé par l'art. 29 serait compromis si on en étendait l'application. En fait, l'extension recherchée est compatible avec l'objet législatif, qui vise à favoriser un plus haut degré d'autonomie et d'égalité au sein de la cellule familiale.

Il ressort d'un examen des facteurs qui précèdent qu'il n'est pas nécessaire de faire preuve de retenue à l'égard des choix du législateur dans la présente affaire. La nature du droit visé par l'exclusion est fondamentale, le groupe concerné est vulnérable, il est possible de détacher la disposition contestée du régime législatif complexe dont elle fait partie, aucune preuve n'établit que le gouvernement ait voulu fixer des priorités ou arbitrer des conflits entre des besoins sociaux, l'historique de la loi montre que le droit d'être traité avec le même intérêt et le même respect, qui est garanti par la *Charte*, n'a pas été pris en compte et, enfin, il est possible de répondre à l'intérêt porté par le gouvernement à l'élaboration de politiques sociales sans imposer un fardeau aux familles non traditionnelles. En conséquence, étant donné qu'il n'y a aucune raison de faire preuve de retenue à l'égard du législateur, je passe à l'application stricte du critère traditionnel énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

#### L'objet législatif

Il est difficile, tant en théorie qu'en pratique, de déterminer l'objet législatif. Comme l'a fait remarquer le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (éd. à feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 35-17):

320

321

322

At the practical level, the objective of the legislators in enacting the challenged law may be unknown. To be sure, the courts will now willingly receive the legislative history of the law, but this is often silent or unclear with respect to the provision under attack. Courts have not been troubled by this difficulty as much as one might expect. They usually assume that the statute itself reveals its objective, and they may pronounce confidently on the point even if there is no supporting evidence.

Despite these obstacles, the search for legislative intention has been laid as the cornerstone of the s. 1 analysis. It has even been suggested that “how the Court characterizes the objective of the impugned legislation essentially determines whether legislation should be struck down or upheld” (E. P. Mendes, “The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1”, in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (3rd ed. 1996), at p. 3-14). Given the particular difficulties surrounding the determination of the legislative purpose in this case, it may be necessary at this point to sound some of the theoretical underpinnings of this approach, and to define precisely the nature of the task.

323 The search for legislative purpose as a method of statutory interpretation is not a novel concept. In *Heydon’s Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637, Lord Coke reports, at p. 638:

And it was resolved by them, that for the sure and true interpretation of all statutes in general . . . four things are to be discerned and considered: —

1st. What was the common law before the making of the Act.

2nd. What was the mischief and defect for which the common law did not provide.

3rd. What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth.

And, 4th. The true reason of the remedy; and then the office of all the Judges is always to make such construction as shall suppress the mischief . . . according to the

[TRADUCTION] Sur le plan pratique, il se peut que l’on ignore l’objectif que visait le législateur en adoptant la loi contestée. Il est vrai que de nos jours, les tribunaux acceptent volontiers l’historique de la loi, mais souvent celui-ci ne dit rien au sujet de la disposition contestée ou n’est pas clair sur ce point. Cela n’a pas dérangé les tribunaux autant qu’on aurait pu s’y attendre. Habituellement, ils présument que la loi elle-même révèle son objectif et qu’ils peuvent se prononcer avec assurance même en l’absence de preuve à l’appui.

Malgré ces obstacles, la recherche de l’intention du législateur a été présentée comme la pierre angulaire de l’analyse fondée sur l’article premier. Un auteur a même laissé entendre que [TRADUCTION] «la qualification par la Cour de l’objectif de la loi contestée détermine essentiellement si celle-ci doit être annulée ou confirmée» (E. P. Mendes, «The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1», dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés* (3<sup>e</sup> éd. 1996), à la p. 114). Vu les difficultés particulières que soulève la détermination de l’objet législatif en l’espèce, il peut s’avérer nécessaire, à ce stade-ci, d’examiner certains des fondements théoriques de cette méthode pour définir de façon précise la nature de la tâche à accomplir.

La recherche de l’objet législatif comme méthode d’interprétation des lois n’est pas une idée nouvelle. Déjà dans l’affaire *Heydon* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637, lord Coke écrivait, à la p. 638:

[TRADUCTION] Et ils ont décidé que pour interpréter avec certitude et justesse toutes les lois en général [. . .] il fallait tenir compte de quatre choses:

Premièrement, quel était l’état de la common law avant l’adoption de la loi?

Deuxièmement, quel était le mal ou le vice auxquels la common law ne pouvait remédier?

Troisièmement, quelle mesure corrective le Parlement a-t-il retenue pour enrayer le mal dont souffrait la collectivité?

Enfin, quatrièmement, quel est le véritable motif de la mesure corrective? Par ailleurs, le rôle de tous les juges consiste toujours à interpréter la loi de façon à enrayer le

true intent of the makers of the Act. . . [Emphasis added.]

The “mischief and defect” formulation does not refer to the actual impact of the legislation, but rather to the category of harm at which the legislation was addressed. In this passage, purpose is portrayed as an objective fact which can be determined independently of any statement of intention by the legislature, rather than an elaborate search for a fleeting legislative intent. This may be explained by the fact that, until the landmark decision by the House of Lords in 1993, English courts were strictly prohibited from examining legislative debates as material aids to construction (*Pepper v. Hart*, [1993] A.C. 593). However, Canadian courts may consider a wide range of intrinsic and extrinsic sources when searching for legislative purpose (R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 51-59). Although legislative history will often be helpful in determining the precise harm sought to be remedied by lawmakers, the ultimate standard for determining the category of harm is the provisions of the legislation itself and the social facts to which it is addressed. There is, thus, an objective and subjective component to the search for legislative intent and their relative importance will often depend upon the evidence before the court.

Usually, the objective and subjective aspects of the search for legislative purpose work hand in hand. On the one hand, the court must examine the social context of the terms of the legislation, and on the other, it should heed unambiguous indications in the legislative history of what the legislature believed it was addressing. Only where the two are manifestly inconsistent should legislative history be given little weight. Such an approach not only accords with general principles of statutory interpretation, but more precisely accords with the role of s. 1, which is to demand of the government a justification for its interference with a *Charter* guarantee. Since that onus of justification is placed on the government by virtue of s. 1, it is appropriate that the legislature’s own views

mal visé [. . .] conformément à la véritable intention du législateur. . . [Je souligne.]

L’expression «le mal ou le vice» ne renvoie pas à l’incidence réelle de la loi, mais plutôt au type de préjudice qu’elle vise. Dans ce passage, l’objet est décrit comme un fait objectif pouvant être établi indépendamment de toute déclaration d’intention de la part du législateur plutôt que comme le fruit d’une recherche compliquée visant à découvrir une intention éphémère de ce dernier. Cela s’explique par le fait que, jusqu’à ce que la Chambre des lords rende son arrêt de principe en 1993, il était strictement interdit aux tribunaux anglais de prendre connaissance du compte rendu des débats de l’assemblée législative à des fins d’interprétation (*Pepper c. Hart*, [1993] A.C. 593). Cependant, les tribunaux canadiens peuvent examiner toute une gamme de sources intrinsèques et extrinsèques pour déterminer l’objet législatif (R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), aux pp. 51 à 59). Bien que l’historique de la loi soit souvent utile pour déterminer avec exactitude le préjudice que le législateur a voulu réparer, la norme par excellence pour déterminer le type de préjudice est l’examen des dispositions de la loi elle-même et des faits sociaux qu’elle vise. La recherche de l’intention du législateur comporte donc une composante objective et une composante subjective, et leur importance relative dépendra souvent de la preuve dont est saisi le tribunal.

Habituellement, les aspects objectif et subjectif de la recherche de l’objet législatif vont de pair. D’une part, le tribunal doit examiner le contexte social dans lequel s’inscrit le libellé de la loi et, d’autre part, il doit tenir compte des indices non équivoques que peut fournir l’historique de la loi en ce qui concerne la question dont la législature croyait traiter. C’est seulement lorsque ces deux aspects sont manifestement incompatibles qu’il faut accorder peu d’importance à l’historique de la loi. Cette méthode est compatible non seulement avec les principes généraux de l’interprétation des lois, mais plus précisément avec l’article premier, dont l’objet est d’exiger du gouvernement qu’il justifie l’atteinte qu’il porte à un droit garanti par la *Charte*. Comme le fardeau de justification

and characterization of a social problem be taken seriously.

incombe au gouvernement en vertu de l'article premier, il convient de prendre au sérieux le point de vue de la législature à l'égard du problème social en cause et la façon dont elle le qualifie.

325 This is particularly true in evaluating challenges based on s. 15. Although a social problem could change so drastically as to render a subjective Parliamentary purpose anachronistic, there will be many cases where the evaluation of social relationships is more subtle and open to disagreement by reasonable people, not only because the interpretation of facts may be debatable, but also because normative judgments often play a significant role in setting policy. In those cases, legislative determinations must be given some scope. The Court should not simply substitute its own opinion for that of the legislature where the nature of the legislative classification involves disputable social phenomena.

Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'apprécier le bien-fondé des contestations fondées sur l'art. 15. Bien qu'un problème social donné puisse évoluer de façon si radicale que l'objet visé par le Parlement paraîtra anachronique, dans bien des cas, l'appréciation des rapports sociaux est plus subtile et plus facilement contestable par des personnes raisonnables, non seulement parce que l'interprétation des faits peut susciter la controverse, mais également parce que les jugements normatifs jouent souvent un rôle important dans l'élaboration des politiques. Dans de tels cas, il importe d'accorder de l'importance aux décisions du législateur. La Cour ne devrait pas simplement substituer sa propre opinion à celle du législateur quand la classification législative concerne des phénomènes sociaux contestables.

326 There are various theoretical justifications for giving careful consideration to legislative history when considering the legislative purpose of an equality claim. The legislative history may reveal that the legislature has misapprehended in some fundamental way, whether through prejudice or ignorance, the circumstances of a particular group that is affected by a classification. Rooting out this kind of unequal treatment based on a serious misunderstanding of the characteristics of a group, or based on sheer antipathy, emphasizes the importance of subjective legislative purpose, however obscure it may be. It is simply impossible to analyse whether the legislature has failed to take into account, on an equal footing, the concerns and characteristics of a particular group without, to some degree, examining the terms of their deliberations.

Diverses justifications théoriques autorisent l'examen attentif de l'historique de la loi lorsque vient le moment d'analyser l'objet législatif dans le cadre d'une demande fondée sur le droit à l'égalité. L'historique de la loi peut révéler que le législateur s'est foncièrement mépris, par suite de préjugés ou par ignorance, sur la situation d'un groupe particulier visé par la classification. L'élimination de ce genre de traitement inégal fondé sur une grave méconnaissance des caractéristiques d'un groupe, ou sur la seule antipathie éprouvée à son endroit, met l'accent sur l'importance de l'objet législatif subjectif, si obscur soit-il. Il est tout simplement impossible de déterminer si le législateur a omis de placer sur un pied d'égalité les préoccupations et les caractéristiques d'un groupe particulier sans examiner, dans une certaine mesure, les débats de l'assemblée législative.

327 Also, an examination of the legislative history may demonstrate that the legislature failed to accord equal concern to the welfare of some disadvantaged groups. Again, only a review of the processes of evaluation by a legislature can unveil whether this is what has taken place. It is, however, necessary to consider whether the inclusive-

De même, l'examen de l'historique de la loi peut montrer que le législateur n'a pas accordé le même intérêt au bien-être de certains groupes défavorisés. Encore une fois, ce n'est qu'en examinant les processus d'évaluation du législateur que l'on peut déterminer si c'est effectivement ce qui s'est produit. Il est cependant nécessaire de se demander

ness requirement is offended at the time of the claim, and not only at the time of the adoption of the legislation under review. Many statutes adopted before the *Charter* were unassailable when first enacted, but were held to offend the *Charter* at a later date. Examples of this phenomenon include *Oakes*, *supra*, which struck down s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, which struck down the federal *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, which struck down s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34; and *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, which struck down s. 42 of the *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, c. 26. It is also important to note here, as in *Vriend*, *supra*, the deliberate decision of the legislature to exclude same-sex couples from the regime.

From a theoretical standpoint, it makes sense that legislative history should play a particularly important role in the s. 1 analysis. Within the broad guarantees of the *Charter*, there can be no doubt that judges share with the legislature the task of making the law in many areas. For some, this is a regrettable situation involving an irreducible struggle between the legislative and judicial branches of government. Others have conceived of the relationship differently. I pointed out in my introductory remarks that a court's true task is cooperation and dialogue with the legislature in order to ensure that the democratic will is given the clearest expression possible, within the limits imposed by the *Charter* (P. W. Hogg and A. A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, at p. 105):

Judicial review is not "a veto over the politics of the nation," but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the *Char-*

s'il a été porté atteinte à l'exigence en matière d'inclusion au moment du dépôt de la demande, et non seulement au moment de l'adoption du texte législatif en cause. Bien des lois adoptées avant l'avènement de la *Charte*, qui étaient inattaquables à l'époque où elles ont été édictées, ont été plus tard jugées contraires à ce texte. À titre d'exemples, citons l'arrêt *Oakes*, précité, qui a annulé l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, qui a annulé une loi fédérale, soit la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, ch. L-13, l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, qui a annulé l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, qui a annulé l'art. 42 de la *Barristers and Solicitors Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 26. Il importe également de souligner en l'espèce la décision délibérée du législateur d'exclure du régime les couples de même sexe, comme c'était le cas dans l'affaire *Vriend*, précité.

D'un point de vue théorique, il est logique que l'historique de la loi joue un rôle particulièrement important dans l'analyse fondée sur l'article premier. Dans le cadre des garanties générales énoncées dans la *Charte*, il ne fait aucun doute que les juges se trouvent à partager avec le législateur la tâche de légiférer dans bon nombre de domaines. D'aucuns prétendent qu'il s'agit d'une situation regrettable qui est à l'origine d'une lutte irréductible entre les pouvoirs législatif et judiciaire. D'autres conçoivent différemment les rapports entre ces deux pouvoirs. J'ai souligné dans mes remarques préliminaires que la véritable tâche du tribunal consistait à collaborer et à dialoguer avec le législateur pour faire en sorte que la volonté démocratique puisse s'exprimer le plus clairement possible, à l'intérieur des limites imposées par la *Charte* (P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, à la p. 105):

[TRADUCTION] Le contrôle judiciaire n'est pas «un veto opposable aux choix politiques de la nation», mais plutôt le début d'un dialogue sur la meilleure façon de con-

ter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole.

See also P. L. Strauss, "The Courts and The Congress: Should Judges Disdain Political History?" (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242, at pp. 262-64. Engaging in that dialogue requires the courts and the legislatures to be speaking the same language. Rather than being an impermissible incursion into the legislative domain, judicial consideration of legislative intent is a way of respecting the voice of the government of the community and, hence, of the community itself. The s. 1 analysis places a burden on the government to justify the legislative incursion on the *Charter* right. It is therefore appropriate that governmental intention should, where possible, be considered and evaluated on its own terms to explain why the restriction on a *Charter* right is justifiable.

cilier les valeurs individualistes inscrites dans la *Charte* avec les politiques sociales et économiques adoptées pour le bénéfice de la collectivité dans son ensemble.

Voir également P. L. Strauss, «The Courts and The Congress: Should Judges Disdain Political History?» (1998), 98 *Colum. L. Rev.* 242, aux pp. 262 à 264. Pour entamer un tel dialogue, les tribunaux et les législateurs doivent être sur la même longueur d'onde. Plutôt que de constituer une incursion inadmissible dans le domaine législatif, l'examen par les tribunaux de l'intention du législateur constitue une façon de respecter la voix du gouvernement dont s'est dotée la collectivité et, partant, celle de la collectivité elle-même. L'analyse fondée sur l'article premier impose au gouvernement le fardeau de justifier l'atteinte portée par la loi au droit garanti par la *Charte*. Il convient donc, dans la mesure du possible, d'examiner l'intention du gouvernement en elle-même pour savoir comment la restriction d'un droit garanti par la *Charte* pourrait se justifier.

329

Determining the legislative purpose behind the creation of a category that grants benefits to some, and withholds them from others, may sometimes be a difficult task. This is because social legislation often explains explicitly why the category is being created, not why it is being limited to certain persons and not others. Yet both of these facts are fundamental to the s. 1 analysis since the limitation on the right to equality necessarily involves a claim by an individual that he or she is not being treated equally relative to others. Determining whether differential treatment is justified involves an analysis of the legislature's reasons for the creation of the benefit or burden, but also its reasons for limiting it to a certain class. The reasons for limitation do not always flow logically from the reasons for inclusion. For example, the scope of many acts granting financial benefits are circumscribed by a government's need to operate within fiscal constraints. Such a concern is usually totally separate and distinct from the reasons for granting a benefit in the first place. Thus, as *Driedger, supra*, states in describing the interpretation of statutes in general: "To appreciate the purpose of the provision the court must ask not only why the credit [the benefit] was created but also why it was available

La détermination de l'objet législatif qui sous-tend la création d'une catégorie en vertu de laquelle des avantages sont accordés à certaines personnes mais refusés à d'autres peut parfois s'avérer difficile. C'est que, souvent, les lois à caractère social énoncent expressément la raison pour laquelle la catégorie est créée, mais non les motifs pour lesquels la catégorie vise certaines personnes et pas les autres. Pourtant, ces deux faits sont fondamentaux en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier, étant donné que la restriction du droit à l'égalité concerne nécessairement un individu affirmant qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal par rapport à d'autres. Pour déterminer si un traitement différent est justifié, il faut analyser non seulement les motifs qui ont incité le législateur à créer l'avantage ou le fardeau, mais également les motifs pour lesquels il a limité celui-ci à une certaine catégorie de personnes. Les motifs de la limitation ne découlent pas toujours logiquement des motifs de l'inclusion. Par exemple, la portée de bon nombre de lois conférant des avantages financiers est souvent limitée par les contraintes financières du gouvernement. Habituellement, une telle considération est complètement étrangère aux motifs pour lesquels le

for some investments but not for others. Until this second question has been answered, the purpose of the provision is not fully known” (p. 63). The danger with identifying only the broad purposes for inclusion in an act, without any appreciation of the reasons for limiting that definition to a particular group, is that it makes any exclusion that is not inherent in the reasons for inclusion appear not rationally connected to the purpose. This approach was recently affirmed in *Vriend, supra*, at para. 110:

Section 1 of the *Charter* states that it is the limits on *Charter* rights and freedoms that must be demonstrably justified in a free and democratic society. It follows that under the first part of the *Oakes* test, the analysis must focus upon the objective of the impugned limitation, or in this case, the omission. Indeed, in *Oakes, supra*, at p. 138, Dickson C.J. noted that it was the objective “which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve” (emphasis added) that must be pressing and substantial. [Emphasis in original.]

The “limit” on the equality right in this case is the failure to treat individuals in same-sex relationships that otherwise meet the criteria of Part III of the *FLA* in the same way as individuals in opposite-sex relationships exhibiting similar characteristics. The relevant reasons for that limit are not only the reasons for having created a regime of spousal support, but also the reasons for limiting the scope of that regime. Of course, the legislature may not have explicitly considered the position of the claimant’s group. Legislative intent is seldom so transparent or individuated; nor does it always address future circumstances or developments, or provide articulated rebuttals of future constitutional challenges. In such circumstances, the proper approach is to consider first, the legislation’s objectives in creating the category, and

législateur a, à l’origine, accordé l’avantage en question. Comme le dit *Driedger, op. cit.*, en décrivant l’interprétation des lois de façon générale: [TRADUCTION] «Pour apprécier l’objet de la disposition, le tribunal doit se demander non seulement pourquoi le crédit [l’avantage] a été créé, mais également pourquoi il était applicable à certains investissements mais non à d’autres. Tant que la deuxième question n’a pas reçu de réponse, on ne connaît pas à fond l’objet de la disposition» (p. 63). Le danger à ne déterminer que les objets généraux de l’inclusion dans une loi, sans examiner les raisons pour lesquelles la définition a été limitée à un groupe particulier, est le risque que toute exclusion non inhérente aux motifs de l’inclusion paraisse n’avoir aucun lien rationnel avec l’objet visé. Cette approche a été récemment confirmée dans l’arrêt *Vriend*, précité, au par. 110:

L’article premier de la *Charte* dispose que ce sont les restrictions apportées aux droits et libertés qui y sont garantis dont la justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Il s’ensuit que suivant la première partie du critère de l’arrêt *Oakes*, l’analyse doit être axée sur l’objectif de la restriction contestée ou, en l’occurrence, de l’omission. De fait, dans l’arrêt *Oakes*, précité, à la p. 138, le juge en chef Dickson a souligné que c’était l’objectif «que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*» (je souligne) qui devait être urgent et réel. [Souligné dans l’original.]

La «restriction» du droit à l’égalité en l’espèce est le fait de ne pas traiter de la même façon les personnes qui forment avec une personne du même sexe une union qui satisfait par ailleurs aux critères établis à la partie III de la *LDF* et les personnes qui forment avec une personne de sexe différent une union présentant des caractéristiques similaires. Les motifs pertinents quant à cette restriction sont non seulement les raisons pour lesquelles le régime de l’obligation alimentaire entre conjoints a été créé, mais également celles qui sont à l’origine de la limitation de la portée de ce régime. Bien entendu, il se peut que le législateur n’ait pas explicitement envisagé la situation du groupe auquel appartient le demandeur. L’intention du législateur est rarement aussi transparente ou précise; elle ne tient pas toujours compte des

second, any evidence as to the general reasons for limiting the category, even if it is impossible to say with precision why the group in question was excluded. In considering the broader reasons for inclusion and for limitation, the court may undertake the s. 1 analysis with a full view of the legislature's objectives.

situations ou des événements à venir, pas plus qu'elle ne fournit d'arguments clairs pour réfuter d'éventuelles contestations constitutionnelles. Il convient alors d'examiner en premier les objectifs que visait la loi en établissant la catégorie en cause et, ensuite, tout élément de preuve se rapportant aux motifs généraux pour lesquels la catégorie a été limitée, même s'il est impossible de dire précisément pourquoi le groupe en question a été exclu. En examinant les motifs plus généraux qui ont justifié l'inclusion et la limitation, le tribunal peut entreprendre l'analyse fondée sur l'article premier bien au fait des objectifs du législateur.

331

This Court has been very careful in its jurisprudence to avoid the error of looking only at the reasons for inclusion, even if this has sometimes required great sensitivity in discerning the legislative reasons for limiting the defined class in a particular way. In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, the failure to provide interpretation services to the deaf in the provincial act providing universal medical care was challenged. The analysis for s. 1 purposes clearly focused on the specific objectives of the exclusionary decision in question, not on the overall purposes of the Act (at para. 84):

Notre Cour a pris grand soin, dans sa jurisprudence, d'éviter de commettre l'erreur qui consiste à n'examiner que les motifs d'inclusion, même si cela a exigé parfois qu'elle fasse preuve d'une grande perspicacité pour distinguer les motifs pour lesquels le législateur avait limité, comme il l'avait fait, la catégorie définie. Dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, l'omission des services d'interprètes à l'intention des personnes atteintes de surdité dans la loi provinciale établissant un régime universel de soins de santé a été contestée. L'analyse fondée sur l'article premier a été clairement axée sur les objectifs particuliers de la décision d'exclure certains services et non sur les objets généraux de la Loi (au par. 84):

Assuming without deciding that the decision not to fund medical interpretation services for the deaf constitutes a limit "prescribed by law", that the objective of this decision — controlling health care expenditures — is "pressing and substantial", and that the decision is rationally connected to the objective, I find that it does not constitute a minimum impairment of s. 15(1). [Emphasis added.]

  supposer, sans trancher la question, que la décision de ne pas financer des services d'interprètes médicaux à l'intention des personnes atteintes de surdité constitue une limite prescrite par une «règle de droit», que l'objectif de cette décision — limiter les dépenses au titre des soins de santé — est «urgent et réel» et que la décision a un lien rationnel avec l'objectif, je conclus qu'elle n'est pas une atteinte minimale au par. 15(1). [Je souligne.]

In *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, the provision of the *Citizenship Act* challenged under s. 15(1) allowed children of a Canadian father to apply for citizenship without conditions, while children of Canadian mothers were required to undergo a security check and swear allegiance. Iacobucci J. articulated the

Dans l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'Etat)*, [1997] 1 R.C.S. 358, la disposition de la *Loi sur la citoyenneté* contestée en vertu du par. 15(1) permettait aux enfants dont le père était Canadien de présenter une demande de citoyenneté sans devoir remplir de conditions, alors que les enfants dont la mère était Canadienne devaient se soumettre à une

objective relevant for s. 1 purposes as follows (at para. 94):

The appellant accepted that the objectives of the impugned provisions — to provide access to citizenship while establishing a commitment to Canada and safeguarding the security of its citizens — were sufficiently pressing and substantial to warrant limiting a *Charter* right. I believe he was correct to do so. Ensuring that potential citizens are committed to Canada and do not pose a risk to the country are pressing and substantial objectives. [Emphasis added.]

In both of these cases, the Court was careful to consider the reasons for exclusion in conjunction with the overall aims of the legislation. Indeed, it is impossible to define the reasons for excluding the class claiming a violation of the right to equality without understanding the reasons for inclusion. As this Court emphasized in *Vriend, supra*, at para. 111:

... the objective of the omission cannot be fully understood in isolation. It seems to me that some consideration must also be given to both the purposes of the Act as a whole and the specific impugned provisions so as to give the objective of the omission the context that is necessary for a more complete understanding of its operation in the broader scheme of the legislation.

The necessity of this approach also emerges from the particular nature of most social legislation conferring benefits. The reason for this approach is clear. The *Oakes* analysis presupposes a tension between the objectives of the *Charter* right and the objectives of the particular legislative provision that is alleged to constitute a violation of the *Charter* guarantee. Only after that tension is identified does it make sense to ask whether that legislative objective is pressing and substantial, and whether the precise means adopted are so closely related and narrowly tailored to that objective as to warrant derogation from the *Charter* guarantee. If the tension of objectives is removed, then almost any exclusion that detracts from the ambit of the broad legislative goal will fail the s. 1 test, because, simply by virtue of being an exclusion, it cannot be rationally connected with the goal. Only when the

enquête de sécurité et prêter serment. Le juge Iacobucci a clairement exposé l'objet pertinent quant à l'article premier (au par. 94):

L'appelant a reconnu que les objectifs visés par les dispositions contestées — donner accès à la citoyenneté tout en s'assurant de l'engagement des intéressés envers le Canada et en préservant la sécurité de ses citoyens — étaient suffisamment urgents et réels pour justifier la limitation d'un droit garanti par la *Charte*. Je crois qu'il a eu raison de le reconnaître. Le fait de s'assurer de l'engagement envers le Canada des candidats à la citoyenneté et le fait de s'assurer qu'ils ne constituent pas un risque pour le pays sont des objectifs urgents et réels. [Je souligne.]

Dans ces deux affaires, la Cour a pris soin d'examiner les motifs de l'exclusion en se référant aux fins générales de la loi. En effet, il est impossible de définir les motifs pour lesquels la catégorie alléguant la violation de son droit à l'égalité a été exclue sans comprendre les motifs de l'inclusion. Comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 111:

... on ne peut appréhender pleinement l'objectif visé par l'omission si on l'analyse isolément. Il me semble qu'il faut prendre également en considération tant les objets de la Loi dans son ensemble que les dispositions particulières contestées, de façon à situer l'objectif de l'omission dans un contexte permettant d'en mieux saisir le sens eu égard à l'économie générale de la loi.

La nécessité de cette méthode tient également à la nature particulière de la plupart des lois sociales conférant des avantages. La raison pour laquelle il y a lieu d'adopter cette approche est claire. L'analyse élaborée dans l'arrêt *Oakes* présuppose qu'il existe une tension entre les objectifs du droit garanti par la *Charte* et ceux de la disposition législative qui est censée porter atteinte à ce droit. C'est seulement après que cette tension a été identifiée qu'il est logique de se demander si l'objectif législatif est urgent et réel et si les moyens particuliers qui ont été choisis pour y parvenir sont si intimement liés et si étroitement adaptés à cet objectif que cela justifie la dérogation à la *Charte*. Si on élimine cette tension entre les objectifs, à peu près aucune des exclusions qui diminuent la portée de l'objectif général de la loi ne pourront satisfaire au critère de l'article premier, pour la simple raison

332

333

specific purpose or objective of the exclusion is articulated are the tests under *Oakes*, *supra*, properly engaged. This is particularly true in cases involving the guarantee of equality. Unlike most legislation which infringes ss. 2(a), (b), (d) and 7 to 14 of the *Charter*, the broad purposes of entitlement-granting legislation will seldom come into conflict with s. 15. Usually, the purposes are perfectly congruent and it is necessary to articulate the purpose of the limitation in order to identify the underlying tension between the legislative purpose and the *Charter*.

qu'étant des exclusions, elles ne peuvent être rationnellement liées à cet objectif. Ce n'est que lorsque l'objet ou l'objectif précis de l'exclusion est clairement formulé qu'il convient d'appliquer les critères énoncés dans l'arrêt *Oakes*, précité. C'est particulièrement vrai dans les affaires concernant le droit à l'égalité. Contrairement à ceux de la plupart des lois qui portent atteinte aux al. 2a), b) ou d) ou aux art. 7 à 14 de la *Charte*, les objets généraux des lois qui accordent des droits sont rarement incompatibles avec l'art. 15. Habituellement, les objets correspondent parfaitement et il est nécessaire de formuler clairement l'objet de la limitation pour cerner la tension sous-jacente entre l'objet législatif et la *Charte*.

334

Another danger in not rigorously following this approach is the tendency to suggest that nothing is taken away from the included class by making others eligible for the benefit. Such a formulation misses the point. The issue under s. 1 is whether the government acted in a reasonable fashion in limiting the class based on one of the prohibited enumerated or analogous characteristics described in s. 15. That requires an analysis of its reasons for limiting the class as it did. If the government had a valid reason for limiting the class, and it used means which were proportional to this objective, then the limitation on the equality rights of those excluded is justified. Whether anything is taken away from the included class is entirely irrelevant. The inquiry is not into a possible detriment to the included class.

En n'appliquant pas rigoureusement cette méthode, on s'expose à un autre danger qui est la tendance à dire que l'on enlève rien à ceux qui sont inclus dans la catégorie en rendant d'autres personnes admissibles. Une telle affirmation n'a rien à voir avec la question. Le point soulevé par l'article premier est de savoir si le gouvernement a agi de façon raisonnable en limitant la catégorie visée sur le fondement de l'une des caractéristiques prohibées qui sont énumérées à l'art. 15 ou d'une caractéristique analogue. Cela exige une analyse des raisons pour lesquelles le gouvernement a ainsi limité la catégorie. S'il avait une raison valable pour limiter la catégorie, et s'il s'est servi de moyens proportionnels à cet objectif, la restriction des droits à l'égalité des personnes exclues est justifiée. La question de savoir si l'on a enlevé quelque chose aux personnes incluses dans la catégorie n'a aucune pertinence. Il ne s'agit pas de vérifier si ces personnes ont pu subir un préjudice.

335

In this case, the majority of the Court of Appeal defined the relevant purpose for the s. 1 analysis in the following manner, at p. 450: "Part III of the FLA on Support Obligations is clearly part of a legislative scheme aimed at providing 'for the equitable resolution of economic disputes that arise when intimate relationships between individuals who have been financially interdependent break down'" (emphasis added). A second purpose was found, at p. 450, to be that "the legislature intended, where applicable, to alleviate the burden

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont défini de la façon suivante l'objet pertinent en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier, à la p. 450: [TRADUCTION] «la partie III de la LDF, qui traite des obligations alimentaires, fait clairement partie d'un régime législatif qui vise "le règlement équitable des différends d'ordre économique survenant à la rupture d'unions intimes entre personnes interdépendantes financièrement"» (je souligne). Ils ont également conclu, à la p. 450, que la LDF avait un deuxième

on the public purse by shifting the obligation to provide support for needy persons to those parents and spouses who have the capacity to provide support to these individuals". In considering the specific extension to common law spouses by amendment in 1978, Charron J.A. states, at p. 451:

I am unable to identify any additional purposes distinct from those already raised. In my view, the legislature must simply be taken to have recognized that, in so far as spousal support obligations were concerned, it was neither fair nor effective to choose marriage as the exclusive marker for the identification of intimate relationships giving rise to economic interdependence which might require, upon breakdown, some access to the equitable dispute-resolution scheme created by the legislation.

The limit on the right to equality that is challenged in this case is a definition which includes a particular class, but excludes all other classes. The relevant purpose for the s. 1 analysis, then, is the rationale behind the definition itself. The only rationale for the definition adopted, according to Charron J.A., is that it sought to recognize "intimate" relationships going beyond marriage, and to reduce dependency on government assistance.

In my view, this is an unwarranted recharacterization of the legislative purpose. Rather than being a justification for the definition adopted by the government, Charron J.A. offers little more than a description of one characteristic of the class which falls within s. 29 and a reference to a mere incident of the failure to enforce the obligations of equal sharing in the conjugal partnership. In fact, there is much more to the story that must be examined before the rationale behind the definition in s. 29 can be fully appreciated.

The respondent M. relied heavily on the extension of spousal support benefits to opposite-sex common law relationships and much debate on the *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, c. 2,

objet: [TRADUCTION] «le législateur a voulu, lorsque c'était approprié, alléger le fardeau financier de l'État en faisant peser l'obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l'État mais sur les parents et les conjoints qui sont en mesure de le faire». En examinant l'assujettissement exprès des conjoints de fait à cette obligation par l'entremise de la modification de 1978, le juge Charron de la Cour d'appel dit, à la p. 451:

[TRADUCTION] Je ne vois pas d'autre objet que ceux qui ont déjà été mentionnés. À mon avis, on doit simplement conclure que le législateur a reconnu qu'en ce qui concerne les obligations alimentaires entre conjoints, il n'était ni juste ni efficace de retenir le mariage comme seul critère pour décider quelles unions intimes marquées par l'interdépendance financière sont susceptibles, à la rupture, de nécessiter l'accès au régime prévu par la loi en vue de la résolution équitable des différends pouvant surgir.

La restriction du droit à l'égalité contestée en l'espèce est une définition qui inclut une catégorie particulière de personnes mais exclut toutes les autres catégories. L'objet pertinent quant à l'analyse fondée sur l'article premier, c'est donc la raison d'être de la définition elle-même. Selon le juge Charron, la seule raison qu'on puisse invoquer est que le législateur cherchait à reconnaître les unions «intimes» en dehors du cadre du mariage pour diminuer le nombre des personnes à la charge de l'État.

À mon avis, il s'agit là d'une nouvelle qualification injustifiée de l'objet législatif. Loin de justifier la définition adoptée par le gouvernement, le juge Charron s'en tient à la description d'une caractéristique de la catégorie visée par l'art. 29 et relève tout au plus une simple conséquence de l'omission de faire respecter les obligations relatives au partage égal que fait naître le lien conjugal. En fait, la situation présente beaucoup d'autres aspects qu'il faut examiner pour saisir pleinement les raisons qui ont conduit à l'adoption de la définition prévue à l'art. 29.

L'intimée M. a beaucoup invoqué le fait que les avantages de l'obligation alimentaire entre conjoints étaient conférés aux unions de fait entre personnes de sexe différent, et une grande partie des

336

337

338

focused on this particular aspect of the definition. In introducing the bill to the legislature, the Attorney General of the day, the Honourable Roy McMurtry, sought to justify the extension of benefits beyond the relationship of marriage (*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4103):

This part also creates a limited obligation of one common law spouse to support the other. Where two persons have lived together as if married, their relationship often takes on the same financial characteristics as a marriage. One person frequently becomes dependent on the other, especially if there is a child of the union. If one of these two people is no longer self-sufficient, it seems reasonable to look to the other to assist in restoring him or her to financial independence. Certainly it is more desirable to place a support obligation on common law spouses than to have a large number of persons who are living common law looking to public welfare for support instead.

On a later day, the Attorney General responded to criticism that support obligations ought not to be imposed on relationships outside of marriage, and made the purpose behind that part of the definition even clearer (*Legislature of Ontario Debates*, November 18, 1976, at p. 4793):

If there is no financial dependency, there will be no need for support by the other party and there will not be a successful claim for support.

By contrast, however, there are many people living together in such relationships who are being exploited by their partner. They have been induced to enter into the relationship and to stay home and raise the children arising from the union, or children of another union, and have thus been put in a position of total dependency on the person as a result of being out of the labour market for a lengthy period of time. Many of these people are later abandoned and, under the present law, they have nowhere to turn but to the welfare authorities for support.

This is not a small problem. For example, in September of this year, the government of Ontario has paid out family benefits to over 13,000 unmarried mothers and

débats qui ont précédé l'adoption de la *Family Law Reform Act, 1978*, S.O. 1978, ch. 2, a porté sur cet aspect précis de la définition. En déposant le projet de la loi devant l'assemblée législative, le procureur général de l'époque, l'honorable Roy McMurtry, a cherché à justifier l'extension des avantages au-delà du cadre du mariage (*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4103):

[TRADUCTION] Cette partie fait également peser sur les conjoints de fait une obligation alimentaire réciproque limitée. Lorsque deux personnes vivent ensemble comme si elles étaient mariées, souvent leur union revêt les mêmes caractéristiques que le mariage sur le plan financier. Il arrive fréquemment que l'un des membres du couple devienne dépendant de l'autre, surtout si un enfant est issu de l'union. Lorsque l'une de ces deux personnes ne parvient plus à subvenir elle-même à ses besoins, il semble raisonnable qu'elle demande à l'autre de l'aider à recouvrer son indépendance financière. Il est certainement plus souhaitable d'assujettir les conjoints de fait à une obligation alimentaire réciproque que de voir un grand nombre de personnes vivant en union de fait compter sur l'aide sociale pour subvenir à leurs besoins.

Plus tard, le procureur général, répondant aux critiques de ceux qui s'opposaient à ce que des obligations alimentaires soient imposées aux conjoints non mariés, a exposé encore plus clairement l'objet de cette partie de la définition (*Legislature of Ontario Debates*, 18 novembre 1976, à la p. 4793):

[TRADUCTION] En l'absence de dépendance financière, aucune des parties ne sera tenue de fournir des aliments à l'autre et aucune demande d'aliments ne sera accueillie.

Par contraste, cependant, de nombreuses personnes qui vivent ensemble au sein d'une telle union se font exploiter par leur partenaire. Elles ont été incitées à former une union et à rester au foyer pour élever les enfants issus de l'union ou ceux nés d'une autre union. Elles se trouvent ainsi à dépendre entièrement de l'autre du fait qu'elles ont quitté le marché du travail pendant une longue période. Bon nombre sont plus tard abandonnées et, vu l'état actuel du droit, il ne leur reste plus qu'à s'adresser à l'aide sociale.

Il s'agit d'un problème d'envergure. Par exemple, pour le seul mois de septembre cette année, le gouvernement de l'Ontario a versé des prestations familiales

their 26,000 dependent children, totalling over \$3.5 million for that month alone. [Emphasis added.]

The primary legislative purpose in extending support obligations outside the marriage bond was to address the subordinated position of women in non-marital relationships. But for this social problem, no legislation would have been passed to impose support obligations on unmarried cohabitants. Support for this interpretation of the purpose of the Act is also to be found in previous judgments of this Court. In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, L'Heureux-Dubé J. stated, at para. 97:

Both the courts and the legislatures have, in recent years, acknowledged and responded to the injustices that often flow from power imbalances of this type and have thereby given increasing recognition to non-traditional forms of relationships. Why else did the Ontario legislature in 1986 extend benefits from married persons to cohabiting partners in over 30 Ontario statutes, several of which raised issues of financial interdependence that are analogous to the impugned provisions of the *Insurance Act*? Why else has the Ontario Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, imposed an obligation of mutual support on common law spouses since 1978? . . . In all of these cases, although the language has generally employed gender-neutral references to "spouses", it is indisputable that much of the impetus for these changes stemmed from courts' and legislatures' increasing recognition of the disadvantage endured by dependent spouses, most often women, within the context of those relationships. [Emphasis added.]

The legislative history suggests unequivocally that the social harm which this definition was seeking to address was the widespread economic dependence faced by women, inside or outside the marital bond, upon the breakdown of the relationship. The Attorney General's second statement and reference to 13,000 mothers on social assistance makes it clear that this is the social problem which his government has in mind, first in order to ameliorate their economic position, and second to reduce reliance on public resources. Moreover, his

totalisant plus de 3,5 millions de dollars à plus de 13 000 mères non mariées et aux 26 000 enfants à leur charge. [Je souligne.]

Le principal objet législatif visé par l'extension des obligations alimentaires au-delà du cadre du lien conjugal était d'apporter une solution à la subordination des femmes vivant en union de fait. N'eût été ce problème social, aucune disposition législative imposant des obligations alimentaires aux personnes non mariées qui cohabitent n'aurait été adoptée. Notre Cour a déjà rendu des jugements qui étayaient une telle interprétation de l'objet de la *LDF*. Dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, le juge L'Heureux-Dubé dit, au par. 97:

Au cours des dernières années, tant les tribunaux que les législatures ont reconnu les injustices qui résultent souvent d'un déséquilibre de pouvoir de cette nature et ont pris des mesures pour y remédier, accordant ainsi une reconnaissance accrue aux unions non traditionnelles. Pour quelle autre raison la législature ontarienne aurait-elle, en 1986, étendu aux partenaires qui cohabitent les avantages auparavant accordés aux seules personnes mariées, dans plus de 30 lois, dont plusieurs visaient des questions d'interdépendance financière analogues aux dispositions attaquées de la *Loi sur les assurances*? Pour quelle autre raison la Loi sur le droit de la famille de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. F.3, imposerait-elle une obligation alimentaire réciproque aux conjoints de fait depuis 1978? [ . . . ] Il va sans dire que dans tous ces cas, bien que l'on n'ait généralement fait aucune distinction de sexe relativement au terme «conjoint», ces modifications résultent en grande partie du fait que les tribunaux et les législatures reconnaissent de plus en plus le désavantage subi par les conjoints en état de dépendance, le plus souvent les femmes, dans le contexte de ces unions. [Je souligne.]

L'historique de la loi laisse clairement supposer que le problème social que cette définition visait à corriger était la dépendance économique généralisée des femmes, mariées ou conjointes de fait, à la rupture de l'union. La seconde déclaration du procureur général et la référence aux 13 000 mères vivant de l'aide sociale indiquent clairement qu'il s'agissait du problème social que visait son gouvernement, en vue d'abord d'améliorer la situation économique de ces femmes et, ensuite, de réduire le recours aux fonds publics. En outre, le fait qu'il

strong references to exploitation and inducement to enter into common law relationships reveals that the government was responding to a wider context of gender inequality which pressures women into remaining in unsatisfactory legal situations *vis à vis* their partner because the man refuses to undertake any of the legal obligations of marriage. Nor is this purpose disjunctive with that of the support obligation in the family law regime as it existed prior to 1975. As the Law Reform Commission noted in Part VI of its *Report on Family Law* (1975), dealing with support obligations between married spouses, at pp. 6-7:

There are historical reasons why the law still adopts a protective posture towards married women. . . .

The force of the conventional view that married women should occupy an exclusively domestic role was the most substantial contributing factor to the practical disabilities faced by those who were inclined to strive for economic self-sufficiency. . . . In short, although married women secured the right to acquire separate property in 1884, if the law had not imposed a strict support obligation on husbands, it might have been said then of most married women that they merely acquired the legal capacity for destitution in their own right.

341 Ultimately, the Commission recommended that spousal obligations should be extended to wives because “[i]f a spouse’s need or dependency is to assume increased importance as a basis upon which support obligations are determined [as distinguished from marital fault], then the law must recognize that a husband’s need may also be such as to cast a positive obligation upon the wife for its alleviation” (p. 10).

342 The extension of the legislative remedy to men represents a separate strand of legislative intent. The Attorney General was concerned, particularly at the introduction of the legislation, to avoid using gender-specific language. In my view, this simply reflects a wider concern to erase official gender bias from the language of the *FLA*, rather than a concern to place “intimacy” and “interdepend-

ait mis l’accent sur l’exploitation et l’incitation à vivre en union de fait indique que le gouvernement réagissait à un contexte plus général d’inégalité entre les sexes dans lequel les femmes sont amenées à se contenter d’une situation insatisfaisante sur le plan juridique vis-à-vis de leurs partenaires, parce que ceux-ci refusent de contracter les obligations légales du mariage. Il n’y a pas non plus disjonction de cet objet et de celui de l’obligation alimentaire prévue par le régime du droit de la famille avant 1975. Comme l’a fait remarquer la Commission de réforme du droit, dans la partie VI du *Report on Family Law* (1975), consacré aux obligations alimentaires entre conjoints mariés, aux pp. 6 et 7:

[TRADUCTION] Des raisons historiques expliquent pourquoi le droit adopte encore une attitude protectrice à l’égard des femmes mariées . . .

Le poids des conventions voulant que les femmes mariées soient confinées au rôle de ménagères était le facteur qui contribuait le plus aux obstacles pratiques qui se dressaient devant celles qui s’efforçaient de parvenir à l’autonomie sur le plan économique. [. . .] En bref, bien que les femmes mariées eurent obtenu le droit d’acquérir séparément des biens en 1884, si la loi n’avait pas imposé aux maris une obligation alimentaire stricte, on aurait pu dire de la plupart des femmes mariées qu’elles n’avaient acquis que la capacité juridique de se retrouver elles-mêmes dans la misère.

En bout de ligne, la Commission a recommandé que la femme soit également assujettie aux obligations alimentaires entre conjoints parce que [TRADUCTION] «[s]i l’on décide d’accorder davantage d’importance à l’état de besoin ou à la dépendance du conjoint pour conclure à l’existence d’une obligation alimentaire [par opposition à la faute conjugale], la loi doit reconnaître que l’état de besoin du mari peut lui aussi être tel que l’épouse soit tenue de le secourir» (p. 10).

L’ouverture aux hommes du recours prévu par la loi constitue un aspect distinct de l’intention du législateur. Le procureur général a voulu éviter, en particulier lors du dépôt du projet de loi, l’emploi de termes établissant des distinctions entre les sexes. À mon avis, il faut y voir un souci plus général de supprimer tout sexisme officiel dans le libellé de la *LDF* plutôt qu’une volonté de faire de

ence” as the sole rationale for granting spousal support. The Attorney General himself describes as one of the “basic themes” of the reform bill that it “recognizes the equality of the sexes. It confers no privileges and imposes no disability on either men or women as a group” (*Legislature of Ontario Debates*, October 26, 1976, at p. 4102). This is confirmed by Part VI of the Ontario Law Reform Commission’s *Report on Family Law*, *supra*. It states, at p. 10:

If a support obligation is to be imposed upon wives under provincial law, it is reasonably clear that the justification for so doing cannot be founded upon evidence of widespread present need on the part of dependent husbands. If it were otherwise, there would have been many more reported instances of claims by husbands for support under section 11 of the *Divorce Act* which has given the court power, since July, 1968, to award support to a husband on very general criteria. Clearly, this has not occurred in the reported cases. [Emphasis added.]

The major controversy with respect to the definition of those entitled to support at the time of these debates and reports was the ascription of legal obligations to the parties in the absence of a formal, legal recognition by both parties that this is what they desired (*Legislature of Ontario Debates*, November 18, 1976, at p. 4801). The *FLA* fundamentally altered the nature of those obligations by extending them beyond marriage and therefore beyond the realm of consensual undertaking. It did so because of a pressing social concern: that many women found themselves in a legal vacuum at the end of a relationship; that their economic dependence was worsened as a result of those relationships; and that the economic position of women generally in society relative to men placed them in a position where they might be induced to enter or remain in those relationships without the legal safeguards of marriage even when they might otherwise want the mutual rights and obligations

l’«intimité» et de l’«interdépendance» les seuls fondements justifiant l’attribution d’aliments au conjoint. Le procureur général lui-même a dit que l’un des «thèmes principaux» de ce projet de loi portant réforme était [TRADUCTION] «la reconnaissance de l’égalité des sexes. Il ne confère aucun privilège et ne crée aucune incapacité à l’égard des hommes ou des femmes en tant que groupe» (*Legislature of Ontario Debates*, 26 octobre 1976, à la p. 4102). Ceci est confirmé par la partie VI du *Report on Family Law*, *op. cit.*, de la Commission de réforme du droit de l’Ontario qui porte sur les obligations alimentaires entre conjoints mariés. Il y est dit, à la p. 10:

[TRADUCTION] S’il faut assujettir les épouses à une obligation alimentaire en vertu du droit provincial, il est raisonnablement clair que ce n’est pas sur le fondement d’une preuve établissant l’existence, à l’heure actuelle, d’un état de besoin généralisé parmi des maris devenus personnes à charge. S’il en était autrement, il y aurait eu statistiquement beaucoup plus de demandes de pension alimentaire présentées par des maris en vertu de l’art. 11 de la *Loi sur le divorce*, lequel confère à la cour, depuis le mois de juillet 1968, le pouvoir d’ordonner le versement d’une pension alimentaire au mari s’il est satisfait à des critères très généraux. Cela n’est manifestement pas ce qui s’est produit dans les cas recensés. [Je souligne.]

Le principal sujet de controverse relativement à la définition des personnes ayant droit aux aliments à l’époque était la soumission des parties à des obligations prévues par la loi en l’absence d’une reconnaissance formelle et légale de leur part que c’était bien ce qu’elles désiraient (*Legislature of Ontario Debates*, 18 novembre 1976, à la p. 4801). La *LDF* modifiait fondamentalement la nature de ces obligations en les étendant au-delà du cadre du mariage et, par conséquent, du domaine consensuel. Des préoccupations sociales urgentes avaient poussé le législateur à agir: de nombreuses femmes se retrouvaient dans un vide juridique quand cessait leur union, leur dépendance économique s’était accentuée en raison de cette union et la situation économique des femmes dans la société en général par rapport à celle des hommes était telle que ces dernières pouvaient être incitées à former ces unions ou à y demeurer sans bénéficier des garanties juridiques qu’offre le mariage,

which would thereby be imposed. In that context, the government chose to extend spousal support beyond marriage and into the realm of an ascribed status based upon objective criteria of the length of cohabitation, or the presence of children from the relationship. The fact that the language of the Act gives men the same access to spousal support reflects the government's expressed desire to ensure gender equality in the language of the Act, and the Law Commission's concern to refute the notion that women are legally dependent on men but not *vice versa*. To my mind, in determining the purpose of the definition, and in particular, the extension of support based on ascribed status, it would be absurd for the purposes of the s. 1 analysis to ignore the pressing social harm to which the government was consciously responding.

même si elles pouvaient souhaiter voir s'appliquer à elles les droits et obligations réciproques découlant du mariage. C'est dans ce contexte que le gouvernement a décidé d'étendre l'obligation alimentaire entre conjoints au-delà du cadre du mariage en attribuant à d'autres personnes que les gens mariés l'état de conjoint selon des critères objectifs tels la durée de la cohabitation ou la présence d'enfants issus de l'union. Le fait que le libellé de la *LDF* donne aux hommes le même accès aux aliments fournis par le conjoint reflète la volonté exprimée par le gouvernement de veiller à ce que le libellé de la loi respecte le principe de l'égalité des sexes, de même que le souci de la Commission de réforme du droit de réfuter l'idée que les femmes dépendent des hommes sur le plan juridique mais que l'inverse n'est pas vrai. À mon avis, à l'étape de la détermination de l'objet de la définition et, en particulier, de l'extension de l'obligation alimentaire en fonction de l'attribution d'un état, il serait absurde, pour les fins de l'analyse fondée sur l'article premier, de ne pas tenir compte du problème social urgent auquel le gouvernement s'attaquait sciemment.

344 It is also important to take into account the legislative context in which the impugned section is being considered. This requires that I examine the general nature of the *FLA*, the interrelationship between Part III, where the impugned definition is found, and the other parts of the *FLA*, and the interrelationship between this Act and related social legislation.

Il est également important de tenir compte du contexte législatif dans lequel l'article contesté est examiné. À cette fin, je dois examiner la nature générale de la *LDF*, les interrelations entre la partie III, dont fait partie la définition contestée, et les autres parties de la *LDF*, et, les interrelations entre cette loi et les autres lois à caractère social connexes.

345 The general nature of the Act can be determined in part by reference to its preamble and nomenclature. The original title of the 1978 Act was *An Act to reform the Law respecting Property Rights and Support Obligations between Married Persons and in other Family Relationships*. This title has now been shortened to the *Family Law Act*. The Act concerns the rights and obligations of men and women who are married or living in common law relationships akin to marriage. The Act also creates other familial support obligations including the obligations of parents to support children and obligations of children to support parents. The preamble states: "Whereas it is desirable to encourage

On peut déterminer en partie la nature générale de la *LDF* en examinant son préambule et ses rubriques. Le titre original de la loi de 1978 était *An Act to reform the Law respecting Property Rights and Support Obligations between Married Persons and in other Family Relationships*. Ce titre a été abrégé: la loi s'intitule maintenant *Loi sur le droit de la famille*. La Loi traite des droits et obligations des hommes et des femmes qui sont mariés ou qui forment des unions de fait qui s'apparentent au mariage. La Loi crée également d'autres obligations alimentaires concernant la famille, dont celle des parents à l'égard des enfants et celle des enfants à l'égard des parents.

and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership . . . and to provide for other mutual obligations in family relationships, including the equitable sharing by parents of responsibility for their children". The *FLA* deals with family property, the matrimonial home, support obligations, domestic contracts, a dependant's claim for damages, and amendments to the common law. In essence, it provides for a regime that is required to ensure equality of spouses and the security of children and parents in the traditional family. It addresses on various points the imbalance resulting from the situation of women with regard to men in conjugal relationships.

The *FLA* cannot be dissociated from other Acts dealing with family matters. Without giving a complete list, I would name the *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, regarding spousal consent for child placement or adoption, the *Change of Name Act*, R.S.O. 1990, c. C.7, *Consent to Treatment Act*, 1992, S.O. 1992, c. 31, *Absentees Act*, R.S.O. 1990, c. A.3, *Coroners Act*, R.S.O. 1990, c. C.37, *Estates Act*, R.S.O. 1990, c. E.21, *Succession Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. S.26, *Execution Act*, R.S.O. 1990, c. E.24, *Family Support Plan Act*, R.S.O. 1990, c. S.28, *Workers' Compensation Act*, R.S.O. 1990, c. W.11, *Mental Health Act*, R.S.O. 1990, c. M.7, *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, *Municipal Act*, R.S.O. 1990, c. M.45, *Partnerships Act*, R.S.O. 1990, c. P.5, *Income Tax Act*, R.S.O. 1990, c. I.2, *Ontario Guaranteed Annual Income Act*, R.S.O. 1990, c. O.17, *Land Transfer Tax Act*, R.S.O. 1990, c. L.6, *Retail Sales Tax Act*, R.S.O. 1990, c. R.31, *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, *Election Act*, R.S.O. 1990, c. E.6, *Evidence Act*, R.S.O. 1990, c. E.23, *Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, *Members' Conflict of Interest Act*, R.S.O. 1990, c. M.6, *Municipal Elections Act*, R.S.O. 1990, c. M.53, *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, *Small Business Development Corporations Act*, R.S.O.

Son préambule prévoit: «Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; [. . .] et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux, y compris la participation équitable de chaque conjoint aux responsabilités parentales». La *LDF* traite des biens familiaux, du foyer conjugal, des obligations alimentaires, des contrats familiaux, des dommages-intérêts dus aux personnes à charge et des modifications apportées à la common law. Elle prévoit essentiellement un régime qui est nécessaire pour assurer l'égalité des conjoints et la sécurité des enfants et des parents au sein de la famille traditionnelle. Elle traite de plusieurs aspects du déséquilibre qui résulte de la situation des femmes par rapport à celle des hommes dans les unions conjugales.

La *LDF* ne peut être dissociée d'autres lois concernant des questions touchant la famille. En voici quelques-unes (cette liste n'est pas exhaustive): la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, en ce qui a trait au consentement du conjoint en matière de placement ou d'adoption d'un enfant, la *Loi sur le changement de nom*, L.R.O. 1990, ch. C.7, la *Loi de 1992 sur le consentement au traitement*, L.O. 1992, ch. 31, la *Loi sur les absents*, L.R.O. 1990, ch. A.3, la *Loi sur les coroners*, L.R.O. 1990, ch. C.37, la *Loi sur les successions*, L.R.O. 1990, ch. E.21, la *Loi portant réforme du droit des successions*, L.R.O. 1990, ch. S.26, la *Loi sur l'exécution forcée*, L.R.O. 1990, ch. E.24, la *Loi sur le régime des obligations alimentaires envers la famille*, L.R.O. 1990, ch. S.28, la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.O. 1990, ch. W.11, la *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1990, ch. M.7, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, la *Loi sur les municipalités*, L.R.O. 1990, ch. M.45, la *Loi sur les sociétés en nom collectif*, L.R.O. 1990, ch. P.5, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.O. 1990, ch. I.2, la *Loi sur le revenu annuel garanti en Ontario*, L.R.O. 1990, ch. O.17, la *Loi sur les droits de cession immobilière*, L.R.O. 1990, ch. L.6, la *Loi sur la taxe de vente au détail*, L.R.O. 1990, ch. R.31,

1990, c. S.12, *Nursing Homes Act*, R.S.O. 1990, c. N.7, *Rent Control Act*, 1992, S.O. 1992, c. 11, *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, and the *Marriage Act*, R.S.O. 1990, c. M.3. This legislation is further evidence of the fact that Ontario has recognized the special nature of the traditional family and its predominant social form in our society, involving well-recognized and complex rules, obligations and rights.

la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16, la *Loi électorale*, L.R.O. 1990, ch. E.6, la *Loi sur la preuve*, L.R.O. 1990, ch. E.23, la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1990, ch. J.3, la *Loi sur les conflits d'intérêts des membres de l'Assemblée*, L.R.O. 1990, ch. M.6, la *Loi sur les élections municipales*, L.R.O. 1990, ch. M.53, la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, la *Loi sur les sociétés pour l'expansion des petites entreprises*, L.R.O. 1990, ch. S.12, la *Loi sur les maisons de soins infirmiers*, L.R.O. 1990, ch. N.7, la *Loi de 1992 sur le contrôle des loyers*, L.O. 1992, ch. 11, la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, et la *Loi sur le mariage*, L.R.O. 1990, ch. M.3. Cette législation montre bien que l'Ontario reconnaît la nature particulière et la forme prédominante de la famille traditionnelle dans notre société, laquelle obéit à des règles, obligations et droits à la fois complexes et bien établis.

347

A scrupulous examination of the provisions of the *FLA*, including s. 29, and of the legislative debates surrounding its passage, does not suggest that there was any specific purpose behind defining the category so as to exclude same-sex couples. Rather, those debates and the text of the law indicate that the general purpose of the legislator was to confine the non-voluntarily assumed support obligations as narrowly as possible to those who actually needed the intervention of a mandatory scheme. In particular, the legislative debates focus on the disadvantaged economic position of women relative to men, the household division of labour as between women and men, and the hardships that women frequently suffer upon the breakdown of non-marital relationships of significant interdependence. I would define the legislative purpose of the definition in Part III of the *FLA* as follows: to impose support obligations upon partners in relationships in which they have consciously signalled a desire to be so bound (i.e., through marriage); and upon those partners in relationships of sufficient duration to indicate permanence and seriousness, and which involve the assumption of household responsibilities, or other career or financial sacrifices, by one partner for the common benefit of the couple, and which cause or enhance an economic disparity between the part-

Un examen minutieux des dispositions de la *LDF*, dont l'art. 29, et du compte rendu des débats de l'assemblée législative qui en ont précédé l'adoption, ne révèle pas que la définition de la catégorie visait précisément à exclure les couples de même sexe. Il ressort plutôt de ces débats et du libellé de la loi que l'objet général du législateur était de limiter aussi strictement que possible les obligations alimentaires non volontairement assumées aux personnes qui avaient vraiment besoin de l'intervention d'un régime obligatoire. En particulier, les débats de l'assemblée législative ont porté principalement sur la situation économique désavantageuse des femmes par rapport à celle des hommes, le partage des tâches domestiques entre hommes et femmes, et les difficultés qu'éprouvent souvent les femmes à la rupture d'unions de fait considérablement marquées par l'interdépendance. Je définirais l'objet législatif de la définition que contient la partie III de la *LDF* de la façon suivante: imposer une obligation alimentaire aux partenaires qui ont sciemment exprimé le désir d'être ainsi liés (c.-à-d. par le mariage), de même qu'aux partenaires formant une union depuis assez longtemps pour qu'elle soit qualifiée de permanente et de sérieuse, au sein de laquelle l'un des partenaires assume des responsabilités domestiques ou consent des sacrifices professionnels ou

ners. I would add that there is nothing upon which, in coming to this purpose, one can rely to determine that “intimacy” is in part, or substantially, related to the purpose in question. I cannot understand why, on one hand, the Court of Appeal would extract “intimacy” as the sole criterion on which the government relied for its definition of the eligible category while, on the other, excluding the glaring reality of gender inequality which the legislative history establishes was clearly uppermost in the legislator’s mind in extending benefits into the non-consensual domain.

In coming to this purpose, I have examined the text of the *FLA*, the social context, and the legislative history of the provision, with an emphasis on the latter two. I have come to the conclusion that the inclusion or exclusion of same-sex couples was not contemplated in 1975-1976. The inference with regard to excluded categories is that they were not recognized as forming families in the traditional sense. This analysis is however complicated by subsequent legislative history, in particular the rejection of the *Equality Rights Statute Law Amendment Act, 1994* by the Ontario legislature. The question is, to what extent could an amendment — whether failed or successful — alter the original purpose underlying a limitation on a *Charter* right? The basic principle spelled out by this Court in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 335, is that the purpose of a law does not shift over time. While there may be a shift in emphasis in a purpose, the purpose itself may not be fundamentally re-articulated by a court in light of subsequent societal changes. To be sure, whether a purpose is pressing and substantial may well depend on the state of society, and on the effects of the legislation; but the objective which is tested remains the same. A new intervention by the legislature may however constitute the reaffirmation of a legislative purpose, or provide evidence of a new or redefined purpose. In this case, the failed legislative amendment provides evidence relative to the

financiers au profit du couple et qui engendre ou accentue l’inégalité économique entre les partenaires. J’ajouterais qu’aucun des éléments examinés pour définir cet objet ne permet de conclure que l’«intimité» est liée, en partie ou substantiellement, à l’objet en question. Je n’arrive pas à comprendre pourquoi la Cour d’appel a pu conclure que l’«intimité» constituait le seul critère sur lequel le gouvernement se fondait pour définir la catégorie admissible tout en écartant, la réalité flagrante de l’inégalité entre les sexes qui, selon l’historique de la loi, constituait clairement la principale raison pour laquelle le législateur étendait les avantages conférés par la Loi au domaine non consensuel.

Pour définir cet objet, j’ai examiné le texte de la *LDL*, l’historique de la disposition et le contexte social dans lequel elle s’inscrivait, en mettant l’accent sur les deux derniers éléments. J’en suis venu à la conclusion que ni l’inclusion, ni l’exclusion des couples de même sexe n’a été envisagée en 1975-1976. L’inférence en ce qui concerne les catégories d’unions exclues est que celles-ci n’étaient pas reconnues comme des familles au sens traditionnel. Cette analyse se complique cependant en raison de l’évolution législative subséquente, en particulier du rejet de la *Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui concerne les droits à l’égalité* par l’assemblée législative de l’Ontario. La question est de savoir dans quelle mesure une modification — qu’elle ait été acceptée ou non — peut-elle transformer l’objet initial qui sous-tend la restriction d’un droit garanti par la *Charte*? Le principe fondamental énoncé par notre Cour dans *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 335, est que l’objet d’une loi ne change pas au fil du temps. Bien que l’importance attachée à l’objet puisse varier, l’objet lui-même ne peut être fondamentalement reformulé par un tribunal à la lumière des changements sociaux survenus par la suite. Il est vrai que la question de savoir si l’objet est urgent et réel peut fort bien dépendre de l’état de la société et des effets de la loi; toutefois, l’objet examiné demeure le même. Une nouvelle intervention du législateur peut cependant réaffirmer un objet législatif ou établir qu’un objet nouveau ou redéfini a été formulé. En l’espèce, les modifications

purpose of the exclusion created by the definition in s. 29.

349 The proposed amendments failed and therefore failed to alter the text of the Act in any way. But leaving the legislative text intact in light of a changed social context is itself indicative of legislative purpose. Although the legislative debates indicate much discussion irrelevant to the impact of the amendment on s. 29 of the *FLA*, what is relevant in the 1994 debates is the clear indication that the legislature desired to reaffirm its recognition of the categories of persons then subject to the family law regime and not put in question its long-standing support for the traditional family. It can therefore be inferred that the legislature's purpose was also to exclude all types of relationships not typically characterized by the state of economic dependency apparent in traditional family relationships.

350 Constitutional review of the validity of legislation is not an exercise of ordinary statutory interpretation. The object of considering the legislative purpose is not to determine the scope of the legislation or of the impugned provision. In the present instance, the object of the constitutional review is, rather, to determine whether there is evidence that the legislature intended to limit the benefit of the *FLA* and s. 29 for a purpose that is inconsistent with its *Charter* obligations. In the absence of such evidence, the object is to determine whether the criteria chosen to limit the categories of beneficiaries under the Act are consistent with *Charter* values, in light of the fact that the application of the criteria is detrimental to an analogous group as defined by s. 15(1) of the *Charter*.

Is the Objective of Section 29 Pressing and Substantial?

351 In the analysis above, I have looked closely at legislative history and social context in order to determine the purpose of the impugned definition.

législatives rejetées constituent des éléments de preuve concernant l'objet de l'exclusion créée par la définition de l'art. 29.

Les modifications proposées ont été rejetées et, partant, n'ont aucunement modifié le texte de la *LDF*. Toutefois, le fait de laisser le libellé de la Loi intact malgré un changement du contexte social porte en soi l'indication de l'objet législatif. Bien que le compte rendu des débats de l'assemblée législative révèle qu'une bonne partie des questions discutées n'étaient pas pertinentes en ce qui concerne l'incidence de la modification sur l'art. 29 de la *LDF*, l'élément pertinent des débats tenus en 1994 est qu'ils indiquaient clairement la volonté du législateur de réaffirmer la reconnaissance des catégories de personnes alors assujetties au régime du droit de la famille et de ne pas remettre en question son soutien de longue date à l'égard de la famille traditionnelle. On peut donc conclure que le législateur visait également à exclure tous les types d'unions qui ne sont pas habituellement caractérisées par la dépendance financière constatée au sein des familles traditionnelles.

Contrôler la validité constitutionnelle d'un texte législatif, ce n'est pas une interprétation des lois ordinaires. L'analyse de l'objet législatif ne vise pas à déterminer la portée du texte législatif ou de la disposition contestée. En l'espèce, l'examen constitutionnel vise plutôt à déterminer s'il y a des éléments de preuve qui permettent de conclure que le législateur voulait limiter le bénéfice de la *LDF* et de l'art. 29 dans un but incompatible avec ses obligations en vertu de la *Charte*. En l'absence de tels éléments de preuve, il s'agit de déterminer si les critères choisis pour limiter les catégories de bénéficiaires prévues par la loi s'accordent avec les valeurs véhiculées par la *Charte*, étant donné que l'application des critères retenus est préjudiciable à un groupe analogue au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

L'objectif de l'art. 29 est-il urgent et réel?

Dans l'analyse qui précède, j'ai examiné attentivement l'historique de la loi et le contexte social afin de déterminer l'objet de la définition

This is an important part of taking seriously the rationale urged by the government for distinguishing between ascribed status for same-sex relationships and gendered relationships. In determining whether the objective is pressing and substantial, it is necessary first to examine whether the creation of a class according to the government's purposes fulfills some important social function.

In my view, in taking male-female relationships as the basic group with which the legislature was concerned, it is all too obvious that there is recognition of the fact that many women are still in a position of vulnerability in their long-term relationships with men. This arises from the general social context of women in our society relative to men. In *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at pp. 853-54 and 861-62, this Court made numerous observations on the feminization of poverty and disproportionate impact of divorce on women and children.

These statements make clear that the problem perceived in 1976 by the government of Ontario is still of great importance. Indeed, the potential incidence of this problem with respect to unmarried relationships has increased substantially in the last few years. The 1996 Census indicates that the number of children living in a family of married relationships remained static, while the number of children living in a family of common-law relationships increased by 52 percent (Statistics Canada, "More lone-parent and common-law families" in *Infomat: A Weekly Review* (October 17, 1997), at p. 4). The census statistics also show that 73.7 percent of all families are headed by a married couple, and 61 percent of those families have children in the household. 11.7 percent of families were headed by a common-law couple, 47 percent of whom have children living in the household. Another Statistics Canada study reports that among breakdowns of marital relationships that had children in the household, women suffer a median loss in adjusted family income of 23 percent, while men's adjusted income rises by 10 percent in the

contestée. Il s'agit là d'un aspect important de la prise en compte sérieuse des raisons avancées par le gouvernement pour justifier la distinction établie entre les unions formées par des personnes de même sexe et les unions entre personnes de sexe différent quant à l'attribution de l'état de conjoint. Pour déterminer si l'objectif est urgent et réel, il faut d'abord voir si la création d'une catégorie conforme à l'objet du gouvernement remplit une fonction sociale importante.

À mon avis, en prenant les couples formés d'un homme et d'une femme comme groupe de base visé par le législateur, il n'est que trop évident que l'on reconnaît que bon nombre de femmes formant une union à long terme avec un homme sont encore vulnérables. Cela tient à la situation générale des femmes dans notre société par rapport aux hommes. Dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, aux pp. 853 et 854, de même qu'aux pp. 861 et 862, notre Cour a fait de nombreuses remarques sur la féminisation de la pauvreté et les répercussions disproportionnées du divorce sur les femmes et les enfants.

Il ressort clairement de ces remarques que le problème noté par le gouvernement de l'Ontario en 1976 est toujours très sérieux. En fait, la possibilité que ce problème se fasse sentir dans les unions de fait a beaucoup augmenté au cours des dernières années. Le recensement de 1996 indique que le nombre d'enfants dont les parents sont mariés est demeuré inchangé, alors que le nombre d'enfants dont les parents vivent en union libre a augmenté de 52 pour 100 (Statistique Canada, «Plus de familles monoparentales et de familles vivant en union libre» dans *Infomat: Revue hebdomadaire* (17 octobre 1997), à la p. 4). Il ressort également de ce recensement que 73,7 pour 100 des familles sont dirigées par des couples mariés et que 61 pour 100 de ces familles comprennent des enfants. Par ailleurs, 11,7 pour 100 des familles ont à leur tête un couple vivant en union libre dont 47 pour 100 comprennent des enfants. Une autre étude menée par Statistique Canada révèle qu'à la rupture du mariage dans les foyers où vivent des enfants, les femmes subissent une diminution médiane du revenu familial ajusté de 23 pour 100 alors que le

352

353

year after separation (Statistics Canada, *Family Income After Separation* (1997), at p. 17). Given the findings in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, and *Moge*, there can be no doubt that the presence of these children enhances the likelihood of the economic vulnerability of women upon the breakdown of a conjugal and permanent relationship.

revenu ajusté des hommes augmente de 10 pour 100 pendant l'année suivant la séparation (Statistique Canada, *Revenu familial après séparation* (1997), à la p. 18). Vu les conclusions tirées dans les arrêts *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, et *Moge*, il ne fait aucun doute que la présence de ces enfants rend plus probable la vulnérabilité économique des femmes à la rupture d'une union conjugale et permanente.

354

I conclude from these statistical figures and judicial statements that the need for imposition of support payments by one party to a relationship to the other, in the case of traditional family relationship breakdown, is a pressing and substantial objective in Canadian society. It is clear that with respect to at least one category captured by the government's legislative purposes, gendered relationships of some permanence, there is a high likelihood of serious economic detriment to women on the breakdown of those relationships. The justification for legislative intervention affecting the autonomy of heterosexual couples does not however explain the pressing need to exclude all other family relationships from the governmental regime. There is no evidence that their inclusion would cause any particular difficulty. The only arguments given to justify exclusion are that inclusion would undermine the traditional family and that there is evidence that same-sex relationships are not typically characterized by the economic imbalance observed in traditional conjugal relationships. When evaluating the legislative objective of s. 29, it is necessary to consider whether the objective is consistent with *Charter* values. We cannot limit the inquiry to the positive purpose of the legislation, and not take into account its effect on excluded groups. In order to be consistent with *Charter* values, the purpose of the definition in s. 29 must be respectful of the equality of status and opportunity of all persons. It would be consistent with *Charter* values of equality and inclusion to treat all members in a family relationship equally and all types of family relationships equally. It is, however, inconsistent with s. 15 to deny equal treatment to a member of a family relationship on the basis of an analogous ground. Where an enumerated or analogous ground forms

Ces données statistiques et les arrêts précités m'amènent à conclure que la nécessité d'obliger l'une des parties à verser des aliments à l'autre en cas de rupture de la famille traditionnelle constitue un objectif urgent et réel dans la société canadienne. Manifestement, en ce qui concerne au moins une catégorie visée par l'objet législatif, soit l'union entre homme et femme ayant une certaine permanence, il est fort probable que la femme subisse un important préjudice économique par suite de la rupture de l'union. La justification d'une intervention du législateur touchant l'autonomie des couples hétérosexuels n'explique cependant pas la nécessité urgente d'exclure du régime étatique tous les autres types de famille. Aucune preuve n'établit que leur inclusion créerait une difficulté quelconque. Les seuls arguments avancés pour justifier l'exclusion sont d'une part que l'inclusion minerait la famille traditionnelle et d'autre part, qu'il existe des éléments de preuve établissant que les unions entre personnes de même sexe ne se caractérisent habituellement pas par le déséquilibre économique observé au sein des unions conjugales traditionnelles. Pour apprécier l'objectif législatif que sous-tend l'art. 29, il faut déterminer si l'objectif est compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte*. Nous ne pouvons nous contenter d'examiner l'objet positif du texte législatif en cause sans tenir compte de son effet sur les groupes exclus. Pour être compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte*, l'objet de la définition de l'art. 29 doit être respectueux de l'égalité de statut et de l'égalité des chances de tous les individus. Le fait d'accorder le même traitement à tous les membres de la famille et à tous les types de famille serait compatible avec les valeurs véhiculées par la *Charte* en matière d'égalité et d'inclusion. Il est cependant incompatible avec

the basis of the discrimination, as in this case, then s. 15 is triggered. However, where the distinction is drawn along other lines, the onus is on the claimant to demonstrate that it involves a new analogous ground. For example, two sisters living together in an economically dependent relationship will not *a priori* satisfy this requirement.

The appellant Attorney General insists that the exclusion is serving a valid purpose by not imposing on same-sex couples a reduction in freedom and autonomy that is mandated by economic imperatives largely irrelevant to same-sex couples. Even if one were to accept that the government's true purpose in adopting the limitation is justified for the above mentioned reasons, there would be no rational connection between that purpose (excluding classes not generally experiencing economic imbalance because there is no need of special protection in their case and because there is no justification for limiting their freedom and autonomy) and the total exclusion dictated by s. 29. Can it be said that this exclusion assists in achieving the objective of eradicating economic dependency within families? No. The gravamen of the respondent M.'s case is that her relationship was one of dependency resulting in serious economic detriment, and that her situation falls four square within the purposes of the legislation defined by the government. In essence, the respondent M. is claiming that her equality rights have been impaired because of an underinclusive marker to define dependent family relationships, which is the government's purpose. Even though most same-sex couples do not experience economic imbalance, some do. What is the purpose in excluding them?

This exclusion is not a valid means of achieving the positive purpose of s. 29, economic equality within the family. By defining restrictively the

l'art. 15 de refuser l'égalité de traitement à l'un des membres d'une famille sur le fondement d'un motif analogue. Lorsque la discrimination est fondée sur un motif énuméré ou analogue, comme c'est le cas en l'espèce, l'art. 15 est mis en jeu. Cependant, lorsque la distinction est établie selon d'autres critères, il incombe au demandeur d'établir qu'elle est fondée sur un nouveau motif analogue. Par exemple, deux sœurs qui vivent ensemble et sont unies par un lien de dépendance financière ne satisfont pas *a priori* à cette exigence.

Le procureur général appelant insiste sur le fait que l'exclusion permet d'atteindre un objet valide en ne réduisant pas la liberté et l'autonomie des couples de même sexe au nom d'impératifs économiques qui n'ont pas grand-chose à voir avec ces couples. Même si l'on acceptait que le véritable objet visé par le gouvernement en adoptant la restriction est justifié pour les raisons susmentionnées, il n'y aurait aucun lien rationnel entre cet objet (l'exclusion des catégories non marquées, en général, par un déséquilibre économique parce qu'elles n'ont pas besoin de protection particulière et qu'aucune justification ne permet de restreindre leur liberté et leur autonomie) et l'exclusion complète imposée par l'art. 29. Peut-on soutenir que cette exclusion contribue à l'atteinte de l'objectif qui consiste à éliminer la dépendance économique qui règne au sein des familles? Non. L'intimée M. plaide essentiellement que son union était marquée par une dépendance qui a engendré un important préjudice économique, et que sa situation est exactement celle que visent les objets de la loi définis par le gouvernement. L'intimée M. soutient principalement que ses droits à l'égalité sont violés en raison de la portée trop limitative de la caractéristique retenue par le gouvernement pour définir les familles marquées par la dépendance lesquelles constituent son objet. Même si la plupart des couples de même sexe n'éprouvent pas de déséquilibre économique, certains de ces couples subissent effectivement un tel déséquilibre. Quel objet vise-t-on en les excluant?

Cette exclusion ne constitue pas un moyen valable pour atteindre l'objet positif de l'art. 29, soit l'égalité économique au sein de la famille.

scope of the family concept, s. 29 in effect is restricting the reach of equality. When, as here, the exclusion specifically detracts from the general legislative purpose, the objective of the restriction cannot be considered pressing and substantial. This follows from the reasons of Cory and Iacobucci JJ. in *Vriend, supra*, where they state, at para. 116:

In my view, where, as here, a legislative omission is on its face the very antithesis of the principles embodied in the legislation as a whole, the Act itself cannot be said to indicate any discernible objective for the omission that might be described as pressing and substantial so as to justify overriding constitutionally protected rights.

Even if the primary purpose of s. 29 was simply to recognize and promote the traditional family, and not to secure economic equality within the couple, which could be considered simply a means to an end, the exclusion of same-sex partners could not be demonstrably justified. Denial of status and benefits to same-sex partners does not *a priori* enhance respect for the traditional family, nor does it reinforce the commitment of the legislature to the values in the *Charter*. No evidence was adduced showing any beneficial impact of the exclusion on society, or what *Charter* values would be served by the exclusion; but the detrimental effects clearly exist, both for the individual without recourse to the family law regime, and for society, faced with the prospect of giving social assistance to that aggrieved individual in need. As for the protection of the freedom and autonomy of persons engaged in a same-sex relationships, s. 29 will only affect those who are in fact in situations of economic imbalance analogous to that which more commonly occurs in the case of heterosexual relationships. The entitlement resulting from a wider definition of “spouse” does not create an absolute right to support. The justification for interference with personal autonomy is therefore

En définissant de façon restrictive la portée du concept de la famille, l’art. 29 se trouve à restreindre la portée de l’égalité. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, l’exclusion réduit expressément l’objet législatif général, l’objectif de la restriction ne peut être considéré comme urgent et réel. C’est ce qui ressort des motifs exposés par les juges Cory et Iacobucci dans l’arrêt *Vriend*, précité, au par. 116:

À mon sens, lorsque, comme en l’espèce, une omission du législateur est à première vue l’antithèse des principes qu’incarne le texte dans son ensemble, on ne peut dire que l’omission correspond à un objectif qui ressort de la Loi elle-même et qui serait urgent et réel, de telle sorte que soit justifiée une dérogation à des droits constitutionnellement protégés.

Même si l’objet principal de l’art. 29 était simplement de reconnaître et de favoriser la famille traditionnelle et non d’instaurer l’égalité économique au sein du couple, ce qui pourrait être simplement considéré comme un moyen de parvenir à une fin, l’exclusion des partenaires de même sexe n’a pu faire l’objet d’une justification pouvant se démontrer. Le refus d’attribuer l’état de conjoint et des avantages aux partenaires de même sexe n’augmente pas *a priori* le respect porté à la famille traditionnelle et ne renforce pas l’engagement du législateur à l’égard des valeurs véhiculées par la *Charte*. Aucun élément de preuve n’a été produit pour établir une quelconque incidence bénéfique sur la société de l’exclusion ni pour montrer quelles valeurs véhiculées par la *Charte* l’exclusion favoriserait; mais il existe clairement des effets préjudiciables, tant pour l’individu ne pouvant se prévaloir du régime du droit de la famille que pour la société, éventuellement tenue de secourir cette personne lésée se trouvant dans le besoin. En ce qui concerne la protection de la liberté et de l’autonomie des personnes vivant en union avec une personne du même sexe, l’art. 29 ne s’appliquera qu’à celles qui sont effectivement placées dans une situation de déséquilibre économique analogue à celle qui est constatée le plus souvent dans les unions hétérosexuelles. L’admissibilité qui résulte d’une définition plus large du mot «conjoint» ne crée pas un droit absolu aux aliments. La justification de l’atteinte à l’autonomie personnelle est donc la même en ce qui concerne

the same for same-sex partners and opposite-sex partners.

### Conclusion

Accordingly, I find that the definition of “spouse” in s. 29 of the *FLA* is an infringement of s. 15(1) of the *Charter*, and that it is not demonstrably justified in a free and democratic society according to s. 1. I agree with Iacobucci J.’s treatment of remedy and costs and would, like him, dismiss the appeal and the cross-appeal with solicitor-client costs to both respondents M. and H. in the proceedings before this Court.

*Appeal and cross-appeal dismissed with costs, GONTHIER J. dissenting on the appeal.*

*Solicitors for the appellant: Robert E. Charney and Peter C. Landmann, Toronto.*

*Solicitors for the respondent M.: McMillan Binch, Toronto.*

*Solicitors for the respondent H.: Borden & Elliot, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Foundation for Equal Families: Elliott & Kim, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Women’s Legal Education and Action Fund (LEAF): Carol A. Allen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Equality for Gays and Lesbians Everywhere (EGALE): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Joanne D. Rosen, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the United Church of Canada: Weir & Foulds, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada, the Ontario Council of*

les partenaires de même sexe et les partenaires de sexe différent.

### Conclusion

En conséquence, je conclus que la définition du mot «conjoint» à l’art. 29 de la *LDF* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte*, et que la justification de cette atteinte ne peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique en vertu de l’article premier. Je souscris à la façon dont le juge Iacobucci a traité de la réparation à accorder et des dépens et, comme lui, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident et d’accorder aux deux intimées M. et H. les dépens sur la base procureur-client dans notre Cour.

*Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens, le juge GONTHIER est dissident quant au pourvoi principal.*

*Procureurs de l’appelant: Robert E. Charney et Peter C. Landmann, Toronto.*

*Procureurs de l’intimée M.: McMillan Binch, Toronto.*

*Procureurs de l’intimée H.: Borden & Elliot, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante la Foundation for Equal Families: Elliott & Kim, Toronto.*

*Procureur de l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes (FAEJ): Carol A. Allen, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante Égalité pour les gais et les lesbiennes (EGALE): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureur de l’intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne: Joanne D. Rosen, Toronto.*

*Procureurs de l’intervenante l’Église unie du Canada: Weir & Foulds, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes l’Evangelical Fellowship of Canada, l’Ontario Council of Sikhs,*

*Sikhs, the Islamic Society of North America and Focus on the Family: Lerner & Associates, Toronto.*

*Solicitors for the intervener REAL Women of Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.*

*l'Islamic Society of North America et Focus on the Family: Lerner & Associates, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante REAL Women of Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.*



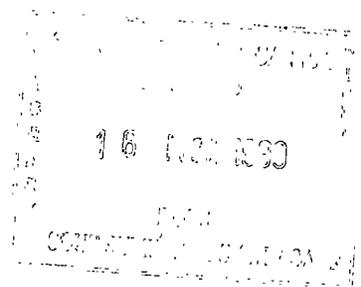
*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 1999 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 1999 Vol. 2**

**Cited as [1999] 2 S.C.R. 203-415**

**Renvoi [1999] 2 R.C.S. 203-415**

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor  
ODILE CALDER

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk  
MANON PLOUFFE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1999.

---

## CONTENTS

**Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)..... 203**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indian bands — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members "ordinarily resident on the reserve" entitled to vote in band elections — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

Arrêtiistes  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Commis au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1999.

---

## SOMMAIRE

**Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)..... 203**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Bandes indiennes — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative porte-t-elle atteinte aux droits garantis par l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Indian Act voter eligibility provisions violating Charter equality rights — Whether declaration of invalidity and suspension of effect of declaration appropriate remedy — Whether Indian band which brought Charter challenge should be exempted from suspension of effect of declaration.

Indians — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members "ordinarily resident on the reserve" entitled to vote in band elections — Whether legislation violating Charter equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Constitutional questions — Court's jurisdiction to restate constitutional questions or make declaration of invalidity broader than that contained within questions.

### **R. v. Stone** ..... 290

Criminal law — Defences — Insane and non-insane automatism — Accused killing wife after she had allegedly assaulted him verbally — Accused convicted of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment — Whether accused entitled to have either or both automatism defences left with the jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2, 16.

Courts — Production of documents — Privilege — Defence document referred to in opening remarks — Document ordered produced for Crown — Whether production properly ordered — Whether miscarriage of justice resulted from order for production.

Sentencing — Verdict — Jury instructed on murder and provocation — Accused convicted of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment — Whether provocation properly considered in reducing verdict of murder and as mitigating factor in determining sentence — Whether sentence fit and properly reflecting gravity of the offence and moral culpability of the accused — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 232, 687, 718.2.

## SOMMAIRE (Fin)

Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Droits à l'égalité garantis par la Charte violés par les dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à l'admissibilité à voter — La déclaration d'invalidité et la suspension de la prise d'effet de cette déclaration sont-elles la réparation qui convient? — La bande indienne qui a présenté la contestation fondée sur la Charte devrait-elle être exemptée de la suspension de la prise d'effet de la déclaration?

Indiens — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative viole-t-elle les droits à l'égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Questions constitutionnelles — Pouvoir de la Cour de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d'invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions.

### **R. c. Stone** ..... 290

Droit criminel — Moyens de défense — Automatism avec aliénation mentale et sans aliénation mentale — Accusé tuant son épouse à la suite d'une présumée agression verbale de la part de cette dernière — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement — L'accusé a-t-il droit à ce que l'une ou l'autre défense d'automatisme, ou les deux à la fois, soient soumises à l'appréciation du jury? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2, 16.

Tribunaux — Production de documents — Privilège — Document de la défense mentionné lors des remarques préliminaires — Ordonnance de production du document au ministère public — La production a-t-elle été ordonnée à juste titre? — Une erreur judiciaire a-t-elle résulté de l'ordonnance de production?

Détermination de la peine — Verdict — Jury recevant des directives sur le meurtre et la provocation — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement — La provocation est-elle dûment prise en compte pour réduire un verdict de meurtre et est-elle considérée à bon droit comme un facteur atténuant au moment de déterminer la peine? — La peine est-elle indiquée et reflète-t-elle correctement la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232, 687, 718.2.

**Her Majesty The Queen as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs Canada and the Attorney General of Canada** *Appellant*

and

**Batchewana Indian Band** *Appellant*

v.

**John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson and Frank Nolan, each on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the Batchewana Band** *Respondents*

and

**Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Congress of Aboriginal Peoples, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Native Women's Association of Canada and United Native Nations Society of British Columbia** *Intervenors*

INDEXED AS: CORBIERE v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS)

File No.: 25708.

1998: October 13; 1999: May 20.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indian bands — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members “ordinarily resident on the reserve” entitled to vote in band elections — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of*

**Sa Majesté la Reine représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le procureur général du Canada** *Appelante*

et

**La bande indienne de Batchewana** *Appelante*

c.

**John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson et Frank Nolan, en leur nom personnel et au nom de tous les membres non résidents de la bande de Batchewana** *Intimés*

et

**Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Congrès des peuples autochtones, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Association des femmes autochtones du Canada et United Native Nations Society of British Columbia** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CORBIERE c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)

N° du greffe: 25708.

1998: 13 octobre; 1999: 20 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Bandes indiennes — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative porte-t-elle atteinte aux droits garantis par l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article*

*Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Indian Act voter eligibility provisions violating Charter equality rights — Whether declaration of invalidity and suspension of effect of declaration appropriate remedy — Whether Indian band which brought Charter challenge should be exempted from suspension of effect of declaration.*

*Indians — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members “ordinarily resident on the reserve” entitled to vote in band elections — Whether legislation violating Charter equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).*

*Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Constitutional questions — Court’s jurisdiction to restate constitutional questions or make declaration of invalidity broader than that contained within questions.*

The respondents, on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the Batchewana Indian Band, sought a declaration that s. 77(1) of the *Indian Act*, which requires that band members be “ordinarily resident” on the reserve in order to vote in band elections, violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Fewer than one third of the registered members of the band lived on the reserve. The Federal Court, Trial Division found that as it related to the disposition of reserve lands or Indian monies held for the band as a whole, s. 77(1) infringed the rights guaranteed by s. 15(1) and that the infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. The court granted a declaration of invalidity of s. 77(1) in its entirety and suspended the declaration for a period of 10 months. The court noted that the declaration was confined to the Batchewana Band because the pleadings and the evidence related only to that band. The Federal Court of Appeal affirmed the judgment but modified the remedy granted at trial. The court determined that the appropriate remedy was a constitutional exemption because other bands might be able to demonstrate an Aboriginal right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to exclude non-residents from voting. The court declared

*premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Droits à l’égalité garantis par la Charte violés par les dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à l’admissibilité à voter — La déclaration d’invalidité et la suspension de la prise d’effet de cette déclaration sont-elles la réparation qui convient? — La bande indienne qui a présenté la contestation fondée sur la Charte devrait-elle être exemptée de la suspension de la prise d’effet de la déclaration?*

*Indiens — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative viole-t-elle les droits à l’égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).*

*Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Questions constitutionnelles — Pouvoir de la Cour de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d’invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions.*

Les intimés, en leur nom personnel et au nom de tous les membres non résidents de la bande indienne de Batchewana, ont sollicité un jugement déclaratoire portant que le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* — qui exige que les membres d’une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter à l’élection du conseil de la bande — contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Moins du tiers des membres inscrits de la bande vivaient dans les réserves. La Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que, dans la mesure où il concerne la façon de disposer des terres de la réserve ou de sommes d’argent des Indiens détenues au profit de l’ensemble de la bande, le par. 77(1) violait les droits garantis par le par. 15(1) et que cette violation n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Le tribunal a déclaré le par. 77(1) invalide en totalité et a suspendu la prise d’effet de cette déclaration pour une période de 10 mois. Le tribunal a souligné que le jugement déclaratoire ne s’appliquait qu’à la bande de Batchewana, étant donné que les actes de procédure et les éléments de preuve présentés ne se rapportaient qu’à cette dernière. La Cour d’appel fédérale a confirmé le jugement, mais a modifié la réparation accordée en

that the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) contravened s. 15(1) of the *Charter* only in relation to the Batchewana Band. The declaration of invalidity was not suspended.

*Held:* The appeal should be dismissed but the remedy designed by the Court of Appeal should be modified.

Before any question of constitutional exemption is considered, the legislation in its general application should be examined. In this case, because the general issues were addressed in the plaintiffs’ statement of claim, and were argued before this Court and the Federal Court of Appeal, such an analysis will not take any parties by surprise. The constitutional questions, as formulated, address only the situation of the members of the Batchewana Band. The Court’s jurisdiction to restate constitutional questions, or make a declaration of invalidity broader than that contained within them is appropriately exercised when, as in this case, doing so does not, in substance, deprive attorneys general of their right to notice of the fact that a given legislative provision is at issue in this Court, or deprive those who have a stake in the outcome of the opportunity to argue the substantive issues relating to this question.

*Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Major and Bastarache JJ.:* The test applicable to a s. 15(1) analysis has been described in *Law*. The first step is to determine whether the impugned law makes a distinction that denies equal benefit or imposes an unequal burden. The s. 77(1)’s exclusion of off-reserve band members from voting privileges on band governance satisfies this requirement. The second step is to determine whether the distinction is discriminatory. It is the first inquiry under this step that poses a problem, i.e. that of establishing whether the distinction is made on the basis of an enumerated ground or a ground analogous to it. The answer to this question will be found in considering the general purpose of s. 15(1) to prevent the violation of human dignity through the imposition of disadvantage based on stereotyping and social prejudice, and to promote a society where all persons are considered worthy

première instance. Elle a statué que la réparation convenable était une exemption constitutionnelle, puisqu’il était possible que d’autres bandes soient en mesure d’établir l’existence d’un droit ancestral visé à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* leur permettant d’interdire aux membres non résidents de voter. La cour a déclaré que les mots «et réside ordinairement sur la réserve» au par. 77(1) contreviennent au par. 15(1) de la *Charte* uniquement en ce qui concerne la bande de Batchewana. La prise d’effet de la déclaration d’invalidité n’a pas été suspendue.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté, mais la réparation fixée par la Cour d’appel est modifiée.

Avant d’amorcer l’analyse de la question de l’exemption constitutionnelle, il faut examiner l’application générale de la disposition législative. Dans la présente affaire, étant donné que les questions générales ont été abordées dans la déclaration des appelants et plaidées devant notre Cour et devant la Cour d’appel fédérale, les parties ne sont pas prises au dépourvu par une telle analyse. Les questions constitutionnelles, telles qu’elles ont été formulées, ne visent que la situation des membres de la bande de Batchewana. La Cour exerce de façon appropriée son pouvoir de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d’invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions lorsque, comme dans la présente affaire, l’exercice de ce pouvoir ne prive pas les procureurs généraux de leur droit d’être avisés du fait que la constitutionnalité d’une disposition législative donnée est contestée devant notre Cour, et ne prive pas ceux qui sont concernés par l’issue du litige de la possibilité de se faire entendre sur les questions de fond se rapportant à cette question.

*Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Major et Bastarache:* Le critère applicable pour l’analyse fondée sur le par. 15(1) a été décrit dans *Law*. La première étape consiste à déterminer si le texte de loi contesté établit une distinction qui dénie l’égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal. Le fait que le par. 77(1) dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l’égard de l’administration de leur bande respective respecte cette exigence. La deuxième étape consiste à déterminer si la distinction est discriminatoire. C’est la première question de cette étape qui pose problème, c.-à-d. celle de savoir si la distinction contestée est fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l’objectif général du par. 15(1), qui est, d’une part, d’empêcher que l’on porte atteinte à la dignité humaine en imposant à des

of respect and consideration. The enumerated and analogous grounds stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination. These markers of discrimination do not change from case to case, depending on the government action challenged. What varies is whether the enumerated and analogous grounds amount to discrimination in the particular circumstances of the case. Once a distinction on an enumerated or analogous ground is established, the contextual and fact-specific inquiry proceeds to whether the distinction amounts to discrimination in the context of the particular case. To identify a ground of distinction as analogous, one must look for grounds of distinction that are like the grounds enumerated in s. 15. These grounds have in common the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. This suggests that the thrust of identification of analogous grounds at the second step of the analysis is to reveal grounds based on characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law. The conflation of the inquiry into the basis of the distinction and the inquiry into whether, on the facts of the case, that distinction affronts s. 15 is to be avoided.

In this case, the exclusion of off-reserve members of an Indian band from the right to vote in band elections, pursuant to s. 77(1) of the *Indian Act*, is inconsistent with s. 15 of the *Charter*. Section 77(1) excludes off-reserve band members from voting privileges on band governance, and this exclusion is based on Aboriginality-residence (off-reserve band member status). "Aboriginality-residence" as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is a ground analogous to those enumerated in s. 15. The distinction goes to a personal characteristic essential to a band member's personal identity. Off-reserve Aboriginal band members can change their status to on-reserve Aboriginals only at great cost, if at all. The situation of off-reserve Aboriginal band members is therefore unique and immutable. Lastly, when the relevant *Law* factors are applied, the impugned distinction amounts to

individus un désavantage fondé sur des stéréotypes et des préjugés sociaux, et, d'autre part, de contribuer à l'établissement d'une société où tous les individus sont jugés dignes de respect et de considération. Les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. Ces indicateurs de discrimination ne varient pas d'une affaire à l'autre, selon la mesure gouvernementale qui est contestée. La variable est la réponse à la question de savoir si les motifs énumérés et les motifs analogues sont source de discrimination dans les circonstances particulières d'une affaire donnée. Une fois établie la présence d'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le tribunal amorce l'examen du contexte et des faits propres à l'affaire dont il est saisi pour déterminer si la distinction constitue de la discrimination dans ce cas particulier. Pour qualifier d'analogue un motif de distinction, il faut chercher des motifs de distinction semblables aux motifs énumérés à l'art. 15. Le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Ce fait tend à indiquer que l'objet de l'identification de motifs analogues à la deuxième étape de l'analyse est de découvrir des motifs fondés sur des caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. Il faut éviter de fusionner l'analyse du fondement de la distinction et celle de la question de savoir si, à la lumière des faits de l'affaire, cette distinction contrevient à l'art. 15.

Dans la présente affaire, le fait de dénier aux membres des bandes indiennes résidant hors des réserves le droit de voter aux élections des bandes conformément au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est incompatible avec l'art. 15 de la *Charte*. Le paragraphe 77(1) dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l'égard de l'administration de leur bande respective, pour le motif fondé sur l'autochtonité-lieu de résidence (la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne). Le facteur de l'«autochtonité-lieu de résidence» constitue un motif analogue à ceux énumérés à l'art. 15 lorsqu'il se rapporte à la question de savoir si un membre d'une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci. La distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l'identité personnelle des membres des bandes indiennes. Les membres hors réserve d'une

discrimination. Off-reserve band members have important interests in band governance. By denying them the right to vote and participate in their band's governance, s. 77(1) perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members. The complete denial of that right treats them as less worthy and entitled, not on the merits of their situation, but simply because they live off the reserve. Section 77(1) reaches the cultural identity of off-reserve Aboriginals in a stereotypical way. This engages the dignity aspect of the s. 15 analysis and results in the denial of substantive equality. The conclusion that discrimination exists at the third step of the *Law* test does not depend on the composition of the off-reserve band members group, its relative homogeneity or the particular historical discrimination it may have suffered. It is the present situation of the group relative to that of the comparator group, on-reserve band members, that is relevant.

No case has been made for the application of s. 25 of the *Charter*. Furthermore, the infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. While the restriction on voting in s. 77(1) is rationally connected to the aim of the legislation, which is to give a voice in the affairs of the reserve only to the persons most directly affected by the decisions of the band council, s. 77(1) does not minimally impair the s. 15 rights. Even if it is accepted that some distinction may be justified in order to protect legitimate interests of band members living on the reserve, it has not been demonstrated that a complete denial of the right of band members living off-reserve to participate in the affairs of the band through the democratic process of elections is necessary. As an appropriate remedy, the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) of the *Indian Act* are declared to be inconsistent with s. 15(1) of the *Charter* but the implementation of the declaration of invalidity is suspended for 18 months. No constitutional exemption is granted to the Batchewana Band during the period of suspension because, in the particular circumstances of this case, it would appear to be preferable to develop an electoral

bande autochtone ne peuvent devenir des membres habitant la réserve qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent. La situation des membres hors réserve d'une bande autochtone est, en conséquence, unique et immuable. En dernier lieu, lorsqu'on applique les facteurs pertinents énoncés dans *Law*, la distinction reprochée constitue de la discrimination. Les membres hors réserve d'une bande autochtone ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l'administration de la bande. En les privant de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande, le par. 77(1) perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes. La privation complète de ce droit a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve. Le paragraphe 77(1) touche à l'identité culturelle des Autochtones hors réserve par l'effet de stéréotypes. Cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'art. 15 et entraîne le déni du droit à l'égalité réelle. À la troisième étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Law*, la conclusion qu'il y a discrimination ne dépend pas de la composition du groupe des membres hors réserve des bandes indiennes, de sa relative homogénéité ou de la discrimination particulière dont il a pu faire l'objet dans le passé. C'est la situation actuelle du groupe par rapport à celle du groupe témoin qui est pertinente.

On n'a pas démontré l'application de l'art. 25 de la *Charte*. En outre, l'atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que la restriction du droit de vote prévue au par. 77(1) ait un lien rationnel avec l'objectif de la loi, qui est de donner voix au chapitre, en ce qui concerne les affaires de la réserve, seulement aux personnes les plus directement touchées par les décisions du conseil de la bande, le par. 77(1) ne porte pas le moins possible atteinte aux droits garantis par l'art. 15. Même en admettant qu'une certaine distinction puisse être justifiée pour protéger des intérêts légitimes des membres des bandes indiennes qui vivent dans les réserves, il n'a pas été démontré qu'il est nécessaire de nier complètement aux membres hors réserve de ces bandes le droit de participer aux affaires de leur bande respective par le processus démocratique des élections. À titre de réparation convenable, les mots «et réside ordinairement sur la réserve» employés au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* sont déclarés incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte*, mais la prise d'effet de cette déclaration d'invalidité est suspendue pour 18 mois. Aucune exemption constitutionnelle n'est

process that will balance the rights of off-reserve and on-reserve band members.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Binnie JJ.: The framework for a s. 15(1) analysis was set out in *Law*. At all three stages, the focus of the inquiry is purposive and contextual. A court considering a discrimination claim must examine the legislative, historical, and social context of the distinction, the reality and experiences of the individuals affected by it, and the purposes of s. 15(1). In this case, s. 77(1) infringes the right to equality without discrimination of the off-reserve members of bands affected by it.

The first stage of the s. 15(1) inquiry is satisfied. Section 77(1) of the *Indian Act* draws a distinction between band members who live on-reserve and those who live off-reserve, by excluding the latter from the definition of "elector" within the band. This constitutes differential treatment.

The second stage of inquiry is also met. The differential treatment is based on the status of holding membership in an *Indian Act* band, but living off that band's reserve. The fundamental consideration at the second stage, if the ground is not enumerated or already recognized as analogous, is whether recognition of the basis of differential treatment as an analogous ground would further the purposes of s. 15(1). The analysis at the analogous grounds stage involves considering whether differential treatment of those defined by that characteristic or combination of traits has the potential to violate human dignity in the sense underlying s. 15(1). Various contextual factors may demonstrate discriminatory potential. If the indicia of an analogous ground are not present in general, or among a certain group in Canadian society, they may nevertheless be present in another social or legislative context, within a different group in Canadian society, or in a given geographic area. The second stage must be flexible enough to adapt to stereotyping, prejudice, or denials of human dignity and worth that might occur in specific ways for specific groups of people, to recognize that personal characteristics may overlap or intersect, and to reflect changing

accordée à la bande de Batchewana pendant la durée de la suspension de la prise d'effet, parce que, eu égard aux circonstances particulières du présent cas, il semble préférable d'élaborer un système électoral qui mettra en équilibre les droits des membres vivant hors des réserves et ceux des membres qui y résident.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Binnie: Le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1) a été élaboré dans *Law*. À chacune des trois étapes, l'examen est axé sur l'objet et sur le contexte. Le tribunal qui est saisi d'une allégation de discrimination doit examiner le contexte législatif, historique et social de la distinction en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette distinction, ainsi que les objets du par. 15(1). Dans la présente affaire, le par. 77(1) porte atteinte au droit à l'égalité, sans discrimination, des membres hors réserve des bandes visées par cette disposition.

La première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) est franchie. Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* établit une distinction entre les membres des bandes qui vivent dans les réserves et ceux qui vivent en dehors de celles-ci, en excluant ces derniers de la définition d'«électeur» pour les élections de la bande. Cette distinction constitue une différence de traitement.

La deuxième étape de l'analyse est également franchie. La différence de traitement est celle à laquelle sont soumises les personnes qui ont la qualité de membres d'une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, mais qui vivent en dehors de la réserve de cette bande. Si l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif analogue déjà reconnu, la considération fondamentale à la deuxième étape est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15(1). Dans le cadre de l'analyse à l'étape des motifs analogues, il faut se demander si la différence de traitement à laquelle sont soumises les personnes définies par la caractéristique ou combinaison de caractéristiques est susceptible de porter atteinte au droit à la dignité humaine qui sous-tend le par. 15(1). Divers facteurs contextuels sont susceptibles de démontrer l'existence d'une source de discrimination potentielle. Si certains indices de l'existence d'un motif analogue ne sont pas présents de façon générale, au sein d'un certain groupe de la société canadienne, ils peuvent néanmoins l'être dans un contexte social ou législatif différent, à l'intérieur d'un groupe différent de la société canadienne, ou dans une région donnée. La deuxième étape doit être suffisamment souple pour tenir compte des stéréotypes, des préjugés et des dénis de la dignité humaine

social phenomena or new or different forms of stereotyping or prejudice.

Off-reserve band member status should be recognized as an analogous ground. From the perspective of off-reserve band members, the choice of whether to live on- or off-reserve, if it is available to them, is an important one to their identity and personhood, and is therefore fundamental. Also critical is the fact that band members living off-reserve have generally experienced disadvantage and prejudice, and form part of a “discrete and insular minority” defined by race and place of residence. In addition, because of the lack of opportunities and housing on many reserves, and the fact that the *Indian Act*’s rules formerly removed band membership from various categories of band members, residence off the reserve has often been forced upon them, or constitutes a choice made reluctantly or at high personal cost.

At the third stage, the appropriate focus is on how the particular differential treatment impacts upon the people affected by it. The perspective that must be adopted is subjective and objective. All band members affected by this legislation, whether on-reserve or off-reserve, have been affected by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples. When analysing a claim that involves possibly conflicting interests of minority groups, one must be especially sensitive to their realities and experiences, and to their values, history, and identity. Thus, in the case of equality rights affecting Aboriginal people and communities, the legislation in question must be evaluated with special attention to the rights of Aboriginal peoples, the protection of the Aboriginal and treaty rights guaranteed in the Constitution, and with respect for and consideration of the cultural attachment and background of all Aboriginal women and men.

A contextual view of the people affected and the differential treatment in question leads to the conclusion that this legislative distinction conflicts with the

et de l'égalité de valeur des individus dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, ainsi que du fait que des caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser, et pour refléter soit l'évolution des phénomènes sociaux soit l'apparition de nouveaux stéréotypes ou préjugés ou la manifestation, sous des formes différentes, de ceux qui existent déjà.

La qualité de membre hors réserve d'une bande indienne devrait être reconnue comme un motif analogue. Du point de vue des membres hors réserve des bandes indiennes, la décision de vivre dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci, si ce choix leur est ouvert, est importante pour leur identité et leur personnalité et revêt donc un caractère fondamental. Constitue également un facteur crucial, le fait que les membres hors réserve des bandes indiennes ont généralement souffert de désavantages et de préjugés, et qu'ils font partie d'une «minorité discrète et isolée», définie par la race et le lieu de résidence. En outre, en raison du manque de débouchés et de logements qui sévit dans de nombreuses réserves et du fait que, auparavant, la *Loi sur les Indiens* retirait à diverses catégories de membres la qualité de membre d'une bande indienne, les personnes qui vivent à l'extérieur de la réserve n'ont bien souvent pas eu le choix à cet égard ou, si elles l'ont eu, elles n'ont pris leur décision qu'à contrecœur ou qu'à un prix très élevé sur le plan personnel.

À la troisième étape, il convient de mettre l'accent sur l'effet qu'a la différence de traitement particulière sur les personnes touchées. Il faut adopter un point de vue subjectif et objectif. Tous les membres de la bande touchés par cette mesure législative, qu'ils résident ou non dans les réserves, subissent les effets de l'héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones. Dans l'analyse d'une demande mettant en cause des intérêts potentiellement opposés de groupes minoritaires, il faut être particulièrement sensible à leurs réalités et à leurs expériences, ainsi qu'à leurs valeurs, à leur histoire et à leur identité. Ainsi, en ce qui concerne les droits à l'égalité qui touchent les peuples et les communautés autochtones, il faut évaluer la mesure législative contestée en accordant une attention spéciale aux droits des peuples autochtones, à la protection des droits ancestraux ou issus de traités garantis par la Constitution, et en faisant montre de respect et de considération à l'égard de la culture de tous les autochtones — hommes et femmes — et de leur attachement à cette culture.

L'analyse contextuelle des personnes touchées et de la différence de traitement en question amène à conclure que la distinction établie par la loi est incompatible avec

purposes of s. 15(1). Band members living off-reserve form part of a “discrete and insular minority”, defined by both race and residence, which is vulnerable and has at times not been given equal consideration or respect by the government or by others in Canadian and Aboriginal society. They experience stereotyping and disadvantage in particular ways compared to those living on-reserve. Aboriginal women, who can be said to be doubly disadvantaged on the basis of both sex and race, are particularly affected by differential treatment of off-reserve band members.

Second, the differential treatment does not correspond with the needs, characteristics or circumstances of the claimants in a manner which respects and values their dignity and difference. The powers conferred by the *Indian Act* to the band council affect interests and needs that are shared by band members living on and off the reserve.

Third, the interests affected are fundamental, and have important societal significance from the perspective of those affected. The functions and powers of the band council affect their financial interests, the ability to return and live on the reserve, services that may be important to them, and their cultural interests. The interests affected are also significant because of the ways in which, in the past, ties between band members and the band or reserve have been involuntarily or reluctantly severed. Those affected or their parents may have left the reserve for many reasons that do not signal a lack of interest in the reserve given historical circumstances such as an often inadequate land base, a serious lack of economic opportunities and housing, and the operation of past Indian status and band membership rules imposed by Parliament. This history helps show why the interest in feeling and maintaining a sense of belonging to the band free from barriers imposed by Parliament is an important one for all band members, especially for those who are now living away from the reserve, in part, because of these policies. This analysis does not suggest that any distinction between on-reserve and off-reserve band members would conflict with the purposes of s. 15(1). The principles of substantive equality do not require that non-residents have identical voting rights to residents, but rather a system that gives non-residents

les objectifs du par. 15(1). Les membres hors réserve des bandes indiennes font partie d’une «minorité discrète et isolée», qui est définie tant par sa race que par son lieu de résidence, qui est vulnérable et qui, à l’occasion, ne s’est pas vu accorder l’égalité de respect ou de considération par le gouvernement ou par d’autres personnes au sein des sociétés canadienne et autochtone. Ils font l’objet de stéréotypes et souffrent de désavantages particuliers comparativement aux membres habitant les réserves. Les femmes autochtones, que l’on peut dire doublement défavorisées en raison de leur sexe et de leur race, sont particulièrement touchées par la différence de traitement visant les membres hors réserve des bandes indiennes.

Deuxièmement, la différence de traitement ne correspond ni aux besoins, ni aux caractéristiques ni à la situation des demandeurs d’une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence. Les pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens* aux conseils de bande ont une incidence sur des droits et des besoins que partagent les membres qui habitent les réserves et ceux qui vivent à l’extérieur de celles-ci.

Troisièmement, les droits touchés sont fondamentaux et, du point de vue des personnes touchées, ils revêtent de l’importance sur le plan social. Les fonctions et pouvoirs du conseil de bande ont une incidence sur leurs droits économiques, leur capacité de revenir vivre dans la réserve, des services qui peuvent être importants pour eux, et leurs droits culturels. Les droits touchés sont également importants en raison des diverses façons par lesquelles les liens qui unissaient des membres d’une bande à celle-ci ou à la réserve ont, volontairement ou à contrecœur, été rompus dans le passé. Il est possible que les personnes touchées ou leurs parents aient quitté la réserve pour des raisons qui ne témoignent pas d’un manque d’intérêt envers la réserve, compte tenu des diverses circonstances historiques, telles des assises territoriales souvent insuffisantes, de graves pénuries de logement et de possibilités de développement économique et l’application des anciennes règles imposées par le Parlement qui régissaient le statut Indien et l’appartenance aux bandes. Cet historique aide à démontrer pourquoi le droit d’éprouver et de maintenir un sentiment d’appartenance à leur bande, libre de tout obstacle imposé par le Parlement, est particulièrement important pour tous les membres des bandes, spécialement pour ceux qui, aujourd’hui, vivent en dehors des réserves, en partie à cause de ces politiques. Cette analyse n’indique pas que toute distinction entre les membres hors réserve des bandes indiennes et les membres habitant les réserves serait incompatible avec les objectifs visés par le par. 15(1). Les principes de l’égalité réelle ne

meaningful and effective participation in the voting regime of the band.

The infringement of s. 15(1) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of the restriction of voting rights to band members ordinarily resident on the reserve is to ensure that those with the most immediate and direct connection with the reserve have a special ability to control its future. This objective is pressing and substantial but the restriction fails to meet the proportionality test. While restricting the vote to those living on the reserve is rationally connected to Parliament's objective, a complete exclusion of non-residents from the right to vote, does not constitute a minimal impairment of these rights. The appellants have not shown why other solutions that would not violate s. 15(1) could not accomplish the objective.

In determining the appropriate remedy, the Court must be guided by the principles of respect for the purposes and values of the *Charter*, and respect for the role of the legislature. The finding of invalidity relates to the legislation as it applies to all bands, and, in principle, there is no reason that the remedy should be confined to the Batchewana Band. The fact that other bands may be able to demonstrate an Aboriginal right to control voting does not justify confining the remedy to the Batchewana Band. The principle of democracy underlies the Constitution and the *Charter*, and is one of the important factors governing the exercise of a court's remedial discretion. It encourages remedies that allow the democratic process of consultation and dialogue to occur. Constitutional remedies should encourage the government to take into account the interests, and views, of minorities. The appropriate remedy is a declaration that the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) are invalid. The effect of this declaration should be suspended for 18 months to give Parliament the time necessary to carry out extensive consultations and respond to the needs of the different groups affected. While, in general, litigants who have brought forward a *Charter* challenge should receive the immediate benefits of the ruling, even if the effect of the declaration is suspended, this is one of the exceptional cases where immediate relief should not be given to those who brought the action. If Parliament chooses either not to act, or to change the legislation to conform with this ruling, the respondents will receive a remedy after the period of suspension expires or when the new legislation comes

demandant pas que les non-résidents jouissent exactement des mêmes droits de vote que les résidents, mais plutôt un système qui accorderait aux non-résidents une participation concrète et efficace au régime électoral de la bande.

L'atteinte au par. 15(1) n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. L'objectif recherché par la restriction du droit de vote aux membres des bandes qui résident ordinairement dans la réserve est de faire en sorte que ceux qui possèdent les liens les plus directs et les plus immédiats avec la réserve soient habilités de façon particulière à décider de son avenir. Il s'agit d'un objectif urgent et réel, mais la restriction ne respecte pas le critère de la proportionnalité. Bien que la restriction du droit de vote aux résidents de la réserve ait un lien rationnel avec l'objectif du Parlement, le fait de priver complètement les non-résidents de leur droit de vote ne constitue pas une atteinte minimale à ces droits. Les appelantes n'ont pas établi en quoi d'autres solutions qui n'auraient pas pour effet de porter atteinte au par. 15(1) ne permettraient pas de réaliser cet objectif.

Dans la détermination de la réparation convenable, la Cour doit suivre le principe du respect des objectifs visés par la *Charte* et des valeurs qu'elle exprime, ainsi que le principe du respect du rôle du législateur. La conclusion d'invalidité vise la mesure législative dans son application à toutes les bandes, et il n'y a en principe aucune raison de limiter la réparation à la bande de Batchewana. Le fait que d'autres bandes pourraient être en mesure de démontrer l'existence d'un droit ancestral les habilitant à décider de leur procédure de scrutin ne justifie pas de limiter l'application de la réparation à la bande de Batchewana. Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la *Charte*, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. La réparation convenable consiste à déclarer invalides les mots «et réside ordinairement sur la réserve» au par. 77(1). L'effet de cette déclaration devrait être suspendu pour 18 mois pour donner au Parlement le temps nécessaire pour tenir de vastes consultations et répondre aux besoins des différents groupes touchés. Bien que, en général, les plaideurs qui ont présenté une contestation fondée sur la *Charte* doivent profiter des avantages immédiats de la décision, même si la prise d'effet de la déclaration est suspendue, la présente affaire est l'un de ces cas exceptionnels où une réparation immédiate ne devrait pas être accordée à ceux qui

into effect. In this case, there are strong administrative reasons not to grant immediate relief to the members of the Batchewana Band.

Section 25 of the *Charter* is triggered when Aboriginal or treaty rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are in question, or when the relief requested under a *Charter* challenge could abrogate or derogate from “other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada”. This latter phrase indicates that the rights included in s. 25 are broader than those in s. 35, and may include statutory rights. However, the fact that legislation relates to Aboriginal people cannot alone bring it within the scope of the “other rights or freedoms” included in s. 25. Because it has not been shown that s. 25 of the *Charter* applies to this case, and argument on this question was extremely limited, it would be inappropriate to articulate a general approach to s. 25.

### Cases Cited

By McLachlin and Bastarache JJ.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

By L’Heureux-Dubé J.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 3 S.C.R. 389; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877;

ont intenté l’action. Si le Parlement décide de ne pas agir ou encore de modifier la loi pour se conformer à la présente décision, les intimés obtiendront une réparation après l’expiration du délai de suspension ou lorsque les nouvelles mesures législatives entreront en vigueur. Il existe en l’espèce de solides raisons administratives justifiant de ne pas accorder de réparation immédiate aux membres de la bande de Batchewana.

L’article 25 de la *Charte* s’applique lorsque des droits ancestraux ou issus de traités garantis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont en litige, ou quand la réparation demandée dans le cadre d’une contestation fondée sur la *Charte* pourrait porter atteinte à d’«autres» droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Ce passage montre que les droits visés à l’art. 25 sont plus étendus que ceux visés à l’art. 35, et qu’il peut s’agir de droits d’origine législative. Cependant, le seul fait qu’une mesure législative concerne les autochtones ne la fait pas entrer dans le champ d’application des «autres» droits ou libertés visés à l’art. 25. Étant donné qu’on n’a pas fait la preuve que l’art. 25 de la *Charte* s’applique à la présente affaire, et que l’argumentation sur cette question a été extrêmement limitée, il ne conviendrait pas d’énoncer une approche générale à l’égard de l’art. 25.

### Jurisprudence

Citée par les juges McLachlin et Bastarache

**Arrêt appliqué:** *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

Citée par le juge L’Heureux-Dubé

**Arrêt appliqué:** *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 3 R.C.S. 389; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur*

*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3.

*général*), [1998] 1 R.C.S. 877; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3.

### Statutes and Regulations Cited

*Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6.

*Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordinance Lands*, S.C. 1868, c. 42, s. 8(1).

*Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27.

*Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in the Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(d), 15(1), 24(1), 25 [am. R.S.C., 1985, App. II, No. 46].

*Constitution Act, 1982*, s. 35 [am. R.S.C., 1985, App. II, No. 46], 52.

*Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, s. 172(b).

*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 51(2), 163(a).

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "band", "council of the band", "elector" [rep. & sub. c. 32 (1st Suppl.), s. 1], 20(1), 38(1) [rep. & sub. c. 17 (4th Suppl.), s. 2], 39(1) [*idem*, s. 3], 62, 64(1), 66(1), 69, 74(1), 75, 77 [rep. & sub. c. 32 (1st Suppl.), s. 14], 81(1) [*idem*, s. 15], 83 [am. c. 17 (4th Suppl.), s. 10], 85.1(1) [ad. c. 32 (1st Suppl.), s. 16].

*Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, ss. 2(1)(e), 12, 14, 76(1).

*Indian Advancement Act, 1884*, S.C. 1884, c. 28, s. 5.

*Indian Advancement Act*, R.S.C. 1886, c. 44, s. 5(1).

*Indian Bands Council Elections Order*, SOR/97-138.

*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, Rule 32 [am. SOR/98-489, s. 1].

### Lois et règlements cités

*Acte de l'avancement des Sauvages, 1884*, S.C. 1884, ch. 28, art. 5.

*Acte de l'avancement des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 44, art. 5(1).

*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., ch. 26.

*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6.

*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42, art. 8(1).

*Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes*, DORS/97-138.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2d), 15(1), 24(1), 25 [mod. L.R.C. (1985), app. II, n° 46].

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35 [mod. L.R.C. (1985), app. II, n° 46], 52.

*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 51(2), 163a).

*Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 172b).

*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27.

*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 2(1)e), 12, 14, 76(1).

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande», «conseil de la bande», «électeur» [abr. & rempl. ch. 32 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 1], 20(1), 38(1) [abr. & rempl. ch. 17 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 2], 39(1) [*idem*, art. 3], 62, 64(1), 66(1), 69, 74(1), 75, 77 [abr. & rempl. ch. 32 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 14], 81(1) [*idem*, art. 15], 83 [am. ch. 17 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 10], 85.1(1) [aj. ch. 32, (1<sup>er</sup> suppl.), art. 16].

*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 32 [mod. DORS/98-489, art. 1].

## Authors Cited

- Canada. Indian and Northern Affairs. *Impacts of the 1985 Amendments to the Indian Act (Bill C-31): Summary Report*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1990.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Crane, Brian A., and Henry S. Brown. *Supreme Court of Canada Practice 1998*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1997.
- Gilbert, Larry. *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1998, release 5).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 1 F.C. 689 (*sub nom. Batchewana Indian Band (Non-resident members v. Batchewana Indian Band)*), 206 N.R. 85, 142 D.L.R. (4th) 122, [1997] 3 C.N.L.R. 21, [1996] F.C.J. No. 1486 (QL), affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1994] 1 F.C. 394, 67 F.T.R. 81, 107 D.L.R. (4th) 582, 18 C.R.R. (2d) 354, [1993] F.C.J. No. 896 (QL), but modifying the remedy granted. Appeal dismissed but remedy modified.

*John B. Edmond*, for the appellant Her Majesty the Queen.

*William B. Henderson* and *Derek T. Ground*, for the appellant the Batchewana Indian Band.

*Gary E. Corbière* and *Michael Feindel*, for the respondents.

## Doctrine citée

- Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Répercussions des modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 (Projet de loi C-31): Rapport sommaire*. Ottawa: Affaires indiennes et du Nord Canada, 1990.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. Ottawa: La Commission, 1996.
- Crane, Brian A., and Henry S. Brown. *Supreme Court of Canada Practice 1998*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1997.
- Gilbert, Larry. *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1998, release 5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 1 C.F. 689 (*sub nom. Bande indienne de Batchewana (membres non résidents) c. Bande indienne de Batchewana*), 206 N.R. 85, 142 D.L.R. (4th) 122, [1997] 3 C.N.L.R. 21, [1996] A.C.F. n° 1486 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour fédérale, Section de première instance, [1994] 1 C.F. 394, 67 F.T.R. 81, 107 D.L.R. (4th) 582, 18 C.R.R. (2d) 354, [1993] A.C.F. n° 896 (QL), mais modifié la réparation accordée. Pourvoi rejeté mais réparation modifiée.

*John B. Edmond*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

*William B. Henderson* et *Derek T. Ground*, pour l'appelante la bande indienne de Batchewana.

*Gary E. Corbière* et *Michael Feindel*, pour les intimés.

*Kent Roach* and *Kimberly R. Murray*, for the intervenor the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

*Mervin C. Phillips* and *Robert A. Milen*, for the intervenor the Congress of Aboriginal Peoples.

*Philip P. Healey*, *Martin J. Henderson* and *Catherine M. Twinn*, for the intervenor the Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

*Mary Eberts* and *Lucy McSweeney*, for the intervenor the Native Women's Association of Canada.

*Sharon D. McIvor* and *Teressa Nahanee*, for the intervenor the United Native Nations Society of British Columbia.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Major and Bastarache JJ. was delivered by

MCLACHLIN AND BASTARACHE JJ. — We have read the reasons for judgment of Justice L'Heureux-Dubé. We believe that this case can be resolved on simpler grounds. We will therefore briefly outline the reasoning upon which we base our own decision.

L'Heureux-Dubé J. has set out in detail the facts in this case as well as a description of its judicial history. We adopt this factual background.

The narrow issue raised in this appeal is whether the exclusion of off-reserve members of an Indian band from the right to vote in band elections pursuant to s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, is inconsistent with s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is no need for us to describe the steps applicable to a s. 15(1) analysis. They have been affirmed with great precision by Iacobucci J. in *Law v. Canada (Minister*

*Kent Roach* et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

*Mervin C. Phillips* et *Robert A. Milen*, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

*Philip P. Healey*, *Martin J. Henderson* et *Catherine M. Twinn*, pour l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

*Mary Eberts* et *Lucy McSweeney*, pour l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada.

*Sharon D. McIvor* et *Teressa Nahanee*, pour l'intervenante United Native Nations Society of British Columbia.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Major et Bastarache rendu par

LES JUGES MCLACHLIN ET BASTARACHE — Nous avons lu les motifs du jugement du juge L'Heureux-Dubé. Nous estimons que le présent pourvoi peut être tranché sur le fondement de motifs beaucoup plus limités. Nous allons donc présenter brièvement le raisonnement sur lequel nous appuyons notre décision.

Le juge L'Heureux-Dubé a exposé en détail les faits de la présente affaire ainsi que l'historique des procédures. Nous faisons nôtre cet exposé factuel.

La question étroite que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le fait de dénier aux membres des bandes indiennes résidant hors des réserves le droit de voter aux élections des bandes conformément au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, est incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'est pas nécessaire que nous décrivions les étapes de l'analyse fondée sur l'art. 15. Elles ont été énoncées avec beaucoup de précision par le juge Iacobucci dans *Law c.*

1

2

3

*of Employment and Immigration*), [1999] 1 S.C.R. 497.

4 The first step is to determine whether the impugned law makes a distinction that denies equal benefit or imposes an unequal burden. The *Indian Act's* exclusion of off-reserve band members from voting privileges on band governance satisfies this requirement.

5 The next step is to determine whether the distinction is discriminatory. The first inquiry is whether the distinction is made on the basis of an enumerated ground or a ground analogous to it. The answer to this question will be found in considering the general purpose of s. 15(1), i.e. to prevent the violation of human dignity through the imposition of disadvantage based on stereotyping and social prejudice, and to promote a society where all persons are considered worthy of respect and consideration.

6 We agree with L'Heureux-Dubé J. that Aboriginality-residence (off-reserve band member status) constitutes a ground of discrimination analogous to the enumerated grounds. However, we wish to comment on two matters: (1) the suggestion by some that the same ground may or may not be analogous depending on the circumstances; and (2) the criteria that identify an analogous ground.

7 The enumerated grounds function as legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical, discriminatory decision making. They are a legal expression of a general characteristic, not a contextual, fact-based conclusion about whether discrimination exists in a particular case. As such, the enumerated grounds must be distinguished from a finding that discrimination exists in a particular case. Since the enumerated grounds are only indicators of suspect grounds of distinction, it follows that decisions on these grounds are not always discriminatory; if this were otherwise, it

*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

La première étape consiste à déterminer si le texte de loi contesté établit une distinction qui dénie l'égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal. Le fait que la *Loi sur les Indiens* dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l'égard de l'administration de leur bande respective respecte cette exigence.

L'étape suivante consiste à déterminer si la distinction est discriminatoire. La première question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si la distinction contestée est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l'objectif général du par. 15(1), qui est, d'une part, d'empêcher que l'on porte atteinte à la dignité humaine en imposant à des individus un désavantage fondé sur des stéréotypes et des préjugés sociaux, et, d'autre part, de contribuer à l'établissement d'une société où tous les individus sont jugés dignes de respect et de considération.

Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que l'autochtonité-lieu de résidence (la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne) est un motif de discrimination analogue aux motifs énumérés. Toutefois, nous désirons faire des commentaires sur deux points: (1) la suggestion faite par certains qu'un même motif peut, selon les circonstances, être analogue ou non; (2) les critères d'identification des motifs analogues.

Les motifs énumérés sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes. Ils sont l'expression, dans la loi, d'une caractéristique générale, et non une conclusion, fondée sur le contexte et les faits pertinents, relativement à l'existence ou à l'absence de discrimination dans une affaire donnée. En tant que tels, les motifs énumérés doivent être distingués d'une conclusion portant qu'il y a discrimination dans une affaire donnée. Puisque les motifs énumérés ne constituent que des indicateurs

would be unnecessary to proceed to the separate examination of discrimination at the third stage of our analysis discussed in *Law, supra, per Iacobucci J.*

The same applies to the grounds recognized by the courts as “analogous” to the grounds enumerated in s. 15. To say that a ground of distinction is an analogous ground is merely to identify a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality. Like distinctions made on enumerated grounds, distinctions made on analogous grounds may well not be discriminatory. But this does not mean that they are not analogous grounds or that they are analogous grounds only in some circumstances. Just as we do not speak of enumerated grounds existing in one circumstance and not another, we should not speak of analogous grounds existing in one circumstance and not another. The enumerated and analogous grounds stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination. What varies is whether they amount to discrimination in the particular circumstances of the case.

We therefore disagree with the view that a marker of discrimination can change from case to case, depending on the government action challenged. It seems to us that it is not the ground that varies from case to case, but the determination of whether a distinction on the basis of a constitutionally cognizable ground is discriminatory. Sex will always be a ground, although sex-based legislative distinctions may not always be discriminatory. To be sure, *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, suggested that residence might be an analogous ground in certain contexts. But in view of the synthesis of previous cases suggested in *Law, supra*, it is more likely that today the same result, dismissal of the claim, would be achieved either by finding

de l'existence de motifs de distinction suspects, il s'ensuit que les décisions fondées sur ces motifs ne sont pas toujours discriminatoires; s'il en était autrement, il serait inutile de procéder à l'examen distinct de la discrimination à la troisième étape de l'analyse exposée par notre Cour dans l'arrêt *Law*, précité, motifs du juge Iacobucci.

La même observation s'applique à l'égard des motifs qui ont été reconnus par notre Cour comme «analogues» à ceux énumérés à l'art. 15. Affirmer qu'un motif de distinction est un motif analogue ne fait qu'indiquer qu'un certain processus décisionnel est suspect parce qu'il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle. Tout comme les distinctions fondées sur des motifs énumérés, celles qui reposent sur des motifs analogues peuvent fort bien ne pas être discriminatoires. Toutefois, cela ne veut pas dire pour autant que ces motifs ne sont pas analogues ou qu'ils ne le sont que dans certaines circonstances. De la même manière que nous ne disons pas d'un motif énuméré qu'il existe dans une situation et non dans une autre, nous ne devrions pas dire d'un motif analogue qu'il existe dans certaines circonstances et non dans d'autres. Les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents de l'existence d'un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. La variable est la réponse à la question de savoir s'ils sont source de discrimination dans les circonstances particulières d'une affaire donnée.

En conséquence, nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle un motif donné peut constituer un indicateur de discrimination dans une affaire mais ne pas l'être dans une autre, selon la mesure gouvernementale qui est contestée. Il nous semble que ce n'est pas le motif en tant que tel qui varie d'une affaire à l'autre, mais plutôt la réponse à la question de savoir si une distinction fondée sur un motif susceptible de reconnaissance sur le plan constitutionnel est discriminatoire. Le sexe sera toujours un motif, même si les distinctions fondées sur ce motif dans les lois ne sont pas toujours discriminatoires. Certes, il a été suggéré dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, que le lieu de résidence pourrait constituer un motif analogue

no analogous ground or no discrimination in fact going to essential human dignity.

10 If it is the intention of L'Heureux-Dubé J.'s reasons to affirm contextual dependency of the enumerated and analogous grounds, we must respectfully disagree. If "Aboriginality-residence" is to be an analogous ground (and we agree with L'Heureux-Dubé J. that it should), then it must always stand as a constant marker of potential legislative discrimination, whether the challenge is to a governmental tax credit, a voting right, or a pension scheme. This established, the analysis moves to the third stage: whether the distinction amounts, in purpose or effect, to discrimination on the facts of the case.

11 Maintaining the distinction in *Law, supra*, between the enumerated or analogous ground analysis and the third-stage contextual discrimination analysis, offers several advantages. Both stages are concerned with discrimination and the violation of the presumption of the equal dignity and worth of every human being. But they approach it from different perspectives. The analogous grounds serve as jurisprudential markers for suspect distinctions. They function conceptually to identify the sorts of claims that properly fall under s. 15. By screening out other cases, they avoid trivializing the s. 15 equality guarantee and promote the efficient use of judicial resources. And they permit the development over time of a conceptual jurisprudence of the sorts of distinctions that fall under the s. 15 guarantee, without foreclosing new cases of discrimination. A distinction on an enumerated or analogous ground established, the contextual and fact-specific inquiry proceeds to

dans certains cas. Toutefois, à la lumière de la synthèse de la jurisprudence proposée dans l'arrêt *Law*, précité, il est vraisemblable qu'on arriverait aujourd'hui au même résultat — le rejet de la demande — en concluant soit à l'absence de motif analogue, soit à l'absence de discrimination portant atteinte dans les faits à la dignité humaine essentielle.

Si les motifs du juge L'Heureux-Dubé visent à faire dépendre du contexte l'existence même des motifs énumérés et des motifs analogues, nous devons, avec égards, exprimer notre désaccord. Si le motif de l'«autochtonité-lieu de résidence» doit constituer un motif analogue (et nous convenons avec le juge L'Heureux-Dubé que ce devrait être le cas); il doit alors constituer un indicateur permanent de discrimination législative potentielle, que la contestation vise un crédit d'impôt gouvernemental, un droit de vote ou un régime de pension. Ceci étant établi, nous passons maintenant à la troisième étape de l'analyse, soit la question de savoir si, de par son objet ou ses effets, la distinction est source de discrimination à la lumière des faits de l'espèce.

Il y a plusieurs avantages à maintenir la distinction qui a été établie dans l'arrêt *Law*, précité, entre l'analyse relative à l'existence d'un motif énuméré ou analogue et la troisième étape, savoir l'analyse de la présence de discrimination eu égard au contexte. Ces deux étapes concernent la discrimination et la violation de la présomption d'égalité de dignité et de valeur de chaque être humain, qu'elles abordent toutefois à partir de points de vue différents. Les motifs analogues servent d'indicateurs jurisprudentiels de l'existence de distinctions suspectes. Ils permettent d'identifier, sur le plan conceptuel, le genre de demandes visées par l'art. 15. En écartant les autres affaires, ils évitent la banalisation de la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15 et ils contribuent à l'utilisation efficiente des ressources des tribunaux. Ils permettent aussi l'élaboration, au fil du temps, d'une jurisprudence qui conceptualise les types de distinctions relevant de la garantie de l'art. 15, sans faire obstacle à la reconnaissance de nouveaux cas de discrimination. Une fois établie la présence d'une distinction

whether the distinction amounts to discrimination in the context of the particular case.

Our second concern relates to the manner in which a new analogous ground may be identified. In our view, conflation of the second and third stages of the *Law* framework is to be avoided. To be sure, *Law* is meant to provide a set of guidelines and not a formalistic straitjacket, but the second and third stages are unquestionably distinct: the former asks whether the distinction is on the basis of an enumerated or analogous ground, the latter whether that distinction on the facts of the case affords s. 15. Affirmative answers to both inquiries are a precondition to establishing a constitutional claim.

What then are the criteria by which we identify a ground of distinction as analogous? The obvious answer is that we look for grounds of distinction that are analogous or like the grounds enumerated in s. 15 — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It seems to us that what these grounds have in common is the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. This suggests that the thrust of identification of analogous grounds at the second stage of the *Law* analysis is to reveal grounds based on characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law. To put it another way, s. 15 targets the denial of equal treatment on grounds that are actually immutable, like race, or constructively immutable, like religion. Other factors identified in the cases as associated with the enumerated and analogous grounds, like the fact that the decision adversely impacts on a discrete and insular minority or a group that has been

fondée sur un motif énuméré ou analogue, le tribunal amorce l'examen du contexte et des faits propres à l'affaire dont il est saisi pour déterminer si la distinction constitue de la discrimination dans ce cas particulier.

Notre deuxième préoccupation concerne la manière d'identifier les nouveaux motifs analogues. À notre avis, il faut éviter de fusionner les deuxième et troisième étapes du cadre établi dans *Law*. Certes, cet arrêt vise à établir un ensemble de lignes directrices, et non un carcan formaliste, mais il n'en demeure pas moins que la deuxième et la troisième étape sont incontestablement distinctes: à la deuxième étape, le tribunal détermine si la distinction est fondée sur un motif énuméré ou analogue, alors qu'à la troisième il se demande si, à la lumière des faits de l'affaire, cette distinction contrevient à l'art. 15. Une réponse affirmative à ces deux questions est un préalable à l'établissement du bien-fondé d'une demande sur le plan constitutionnel.

En conséquence, quels sont les critères qui permettent de qualifier d'analogue un motif de distinction? La réponse est évidente, il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15 — la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Il nous semble que le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Ce fait tend à indiquer que l'objet de l'identification de motifs analogues à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Law* est de découvrir des motifs fondés sur des caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. Autrement dit, l'art. 15 vise le déni du droit à l'égalité de traitement pour des motifs qui sont immuables dans les faits, par exemple la race, ou qui sont considérés immuables, par exemple la

historically discriminated against, may be seen to flow from the central concept of immutable or constructively immutable personal characteristics, which too often have served as illegitimate and demeaning proxies for merit-based decision making.

14 L'Heureux-Dubé J. ultimately concludes that "Aboriginality-residence" as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is an analogous ground. We agree. L'Heureux-Dubé J.'s discussion makes clear that the distinction goes to a personal characteristic essential to a band member's personal identity, which is no less constructively immutable than religion or citizenship. Off-reserve Aboriginal band members can change their status to on-reserve band members only at great cost, if at all.

15 Two brief comments on this new analogous ground are warranted. First, reserve status should not be confused with residence. The ordinary "residence" decisions faced by the average Canadians should not be confused with the profound decisions Aboriginal band members make to live on or off their reserves, assuming choice is possible. The reality of their situation is unique and complex. Thus no new water is charted, in the sense of finding residence, in the generalized abstract, to be an analogous ground. Second, we note that the analogous ground of off-reserve status or Aboriginality-residence is limited to a subset of the Canadian population, while s. 15 is directed to everyone. In our view, this is no impediment to its inclusion as an analogous ground under s. 15. Its demographic limitation is no different, for example, from pregnancy, which is a distinct, but fundamentally inter-related form of discrimination from gender.

religion. D'autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination, peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus.

Le juge L'Heureux-Dubé conclut, en dernière analyse, que le facteur de l'«autochtonité-lieu de résidence» constitue un motif analogue lorsqu'il se rapporte à la question de savoir si un membre d'une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci. Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il ressort clairement des propos du juge L'Heureux-Dubé que la distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l'identité personnelle des membres des bandes indiennes, caractéristique qui est considérée immuable au même titre que la religion ou la citoyenneté. Les membres hors réserve d'une bande autochtone ne peuvent devenir des membres habitant la réserve qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent.

Deux brefs commentaires s'imposent au sujet de ce nouveau motif analogue. Premièrement, il ne faut pas confondre qualité de membre hors réserve et lieu de résidence. Les décisions que sont appelés à prendre les Canadiens en général relativement à leur «lieu de résidence» ne sauraient être comparées aux décisions lourdes de conséquences que prennent les membres des bandes autochtones lorsqu'ils choisissent de vivre dans les réserves ou à l'extérieur de celles-ci, à supposer que ce choix soit possible. La réalité de ces personnes est unique et complexe. Par conséquent le fait de conclure, sur le plan des principes généraux, que le lieu de résidence est un motif analogue n'établit rien de nouveau. Deuxièmement, nous soulignons que le motif analogue que constitue la qualité de membre hors réserve ou l'autochtonité-lieu de résidence ne s'applique qu'à un groupe au sein de la population canadienne, tandis que l'art. 15 vise

“Embedded” analogous grounds may be necessary to permit meaningful consideration of intra-group discrimination.

Having concluded that the distinction made by the impugned law is made on an analogous ground, we come to the final step of the s. 15(1) analysis: whether the distinction at issue in this case in fact constitutes discrimination. In plain words, does the distinction undermine the presumption upon which the guarantee of equality is based — that each individual is deemed to be of equal worth regardless of the group to which he or she belongs?

Applying the applicable *Law* factors to this case — pre-existing disadvantage, correspondence and importance of the affected interest — we conclude that the answer to this question is yes. The impugned distinction perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members by denying them the right to vote and participate in their band’s governance. Off-reserve band members have important interests in band governance which the distinction denies. They are co-owners of the band’s assets. The reserve, whether they live on or off it, is their and their children’s land. The band council represents them as band members to the community at large, in negotiations with the government, and within Aboriginal organizations. Although there are some matters of purely local interest, which do not as directly affect the interests of off-reserve band members, the complete denial to off-reserve members of the right to vote and participate in band governance treats them as less worthy and entitled, not on the merits of their situation, but simply because they live off-reserve. The importance of the interest

l’ensemble de la population. Nous sommes toutefois d’avis que cela n’empêche pas ce motif d’être considéré comme un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15. Le fait que ce motif soit limité démographiquement n’est pas différent, par exemple, des distinctions qui sont motivées par la grossesse et qui, bien qu’elles constituent une forme différente de discrimination fondée sur le sexe, sont néanmoins fondamentalement liées à ce motif. Il peut se révéler nécessaire de reconnaître des motifs analogues «inclus» afin de pouvoir examiner utilement la discrimination à l’intérieur d’un même groupe.

Après avoir conclu que la distinction établie par le texte de loi contesté repose sur un motif analogue, nous arrivons à la dernière étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1): la question de savoir si la distinction en cause dans le présent cas constitue, dans les faits, de la discrimination. Autrement dit, la distinction mine-t-elle la présomption sur laquelle est fondée la garantie d’égalité — savoir que tous les individus sont réputés égaux, indépendamment du groupe auquel ils appartiennent?

Appliquant les facteurs énoncés dans *Law* qui sont pertinents en l’espèce — la pré-existence d’un désavantage ainsi que la correspondance du droit touché et son importance —, nous concluons que la réponse à cette question est affirmative. La distinction reprochée perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes en les privant de leur droit de voter et de participer à l’administration de leur bande. Ces personnes ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l’administration de la bande, ce que la distinction les empêche de faire. Ils sont copropriétaires de l’actif de la bande. Qu’ils y vivent ou non, la réserve est leur territoire et celui de leurs enfants. En tant que membres de la bande ils sont représentés par le conseil de la bande auprès de la communauté en général, tant au sein des organisations autochtones que dans le cadre des négociations avec le gouvernement. Bien qu’il existe des sujets d’intérêt purement local qui ne touchent pas aussi directement les intérêts des membres hors réserve des bandes indiennes, la privation complète de leur droit de voter et de partici-

16

17

affected is underlined by the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*, at pp. 137-91. The Royal Commission writes in vol. 4, *Perspectives and Realities*, at p. 521:

Throughout the Commission's hearings, Aboriginal people stressed the fundamental importance of retaining and enhancing their cultural identity while living in urban areas. Aboriginal identity lies at the heart of Aboriginal peoples' existence; maintaining that identity is an essential and self-validating pursuit for Aboriginal people in cities.

And at p. 525:

Cultural identity for urban Aboriginal people is also tied to a land base or ancestral territory. For many, the two concepts are inseparable. . . . Identification with an ancestral place is important to urban people because of the associated ritual, ceremony and traditions, as well as the people who remain there, the sense of belonging, the bond to an ancestral community, and the accessibility of family, community and elders.

18

Taking all this into account, it is clear that the s. 77(1) disenfranchisement is discriminatory. It denies off-reserve band members the right to participate fully in band governance on the arbitrary basis of a personal characteristic. It reaches the cultural identity of off-reserve Aboriginals in a stereotypical way. It presumes that Aboriginals living off-reserve are not interested in maintaining meaningful participation in the band or in preserving their cultural identity, and are therefore less deserving members of the band. The effect is clear, as is the message: off-reserve band members are not as deserving as those band members who live on reserves. This engages the dignity aspect of

per à l'administration de leur bande a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve. L'importance du droit touché ressort des conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1, *Un passé, un avenir*, aux pp. 147 à 206. La Commission royale écrit ceci dans le vol. 4, *Perspectives et réalités*, à la p. 586:

Tout au long des audiences, les autochtones ont rappelé à la Commission qu'il est essentiel pour eux de préserver et d'enrichir leur identité culturelle quand ils vivent en milieu urbain. L'identité autochtone est l'essence de l'existence des peuples autochtones. La préservation de cette identité est donc un objectif fondamental et valorisant pour les autochtones citadins.

Et elle ajoute ce qui suit, aux pp. 589 et 590:

De plus, les autochtones citadins associent l'identité culturelle à la notion d'assise territoriale ou de territoire ancestral. Pour nombre d'entre eux, ces deux concepts sont indissociables. [...] Il est important pour les autochtones citadins de pouvoir s'identifier à un lieu ancestral, en raison des rituels, des cérémonies et des traditions qui y sont associés, des gens qui y vivent, du sentiment d'appartenance, du lien avec une communauté ancestrale et de la possibilité d'accéder à la famille, à la communauté et aux anciens.

Compte tenu de tout ce qui précède, il est clair que la privation du droit de vote découlant du par. 77(1) est discriminatoire. Cette privation refuse aux membres hors réserve des bandes indiennes, sur le fondement arbitraire d'une caractéristique personnelle, le droit de participer pleinement à l'administration de leur bande respective. Elle touche à l'identité culturelle des Autochtones hors réserve par l'effet de stéréotypes. Elle présume que les Autochtones hors réserve ne sont pas intéressés à participer concrètement à la vie de leur bande ou à préserver leur identité culturelle, et qu'ils ne sont donc pas des membres de leur bande aussi méritants que les autres. L'effet, comme le message, est clair: les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas aussi méritants que

the s. 15 analysis and results in the denial of substantive equality.

The conclusion that discrimination exists at the third stage of the *Law* test does not depend on the composition of the off-reserve band members group, its relative homogeneity or the particular historical discrimination it may have suffered. It is the present situation of the group relative to that of the comparator group, on-reserve band members, that is relevant. All parties have accepted that the off-reserve group comprises persons who have chosen to live off-reserve freely, persons who have been forced to leave the reserve reluctantly because of economic and social considerations, persons who have at some point been expelled then restored to band membership through Bill C-31 (*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27), and descendants of these people. It is accepted that off-reserve band members are the object of discrimination and constitute an underprivileged group. It is also accepted that many off-reserve band members were expelled from the reserves because of policies and legal provisions which were changed by Bill C-31 and can be said to have suffered double discrimination. But Aboriginals living on reserves are subject to the same discrimination. Some were affected by Bill C-31. Some left the reserve and returned. The relevant social facts in this case are those that relate to off-reserve band members as opposed to on-reserve band members. Even if all band members living off-reserve had voluntarily chosen this way of life and were not subject to discrimination in the broader Canadian society, they would still have the same cause of action. They would still suffer a detriment by being denied full participation in the affairs of the bands to which they would continue to belong while the band councils are able to affect their interests, in particular by making decisions with respect to the surrender of lands, the allocation of land to band members, the raising of funds and making of expenditures for the benefit of all band members. The effect of the legislation is to force band members to choose between living on the reserve and exercising their political rights, or

les membres qui vivent dans les réserves. Cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'art. 15 et entraîne le déni du droit à l'égalité réelle.

À la troisième étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Law*, la conclusion qu'il y a discrimination ne dépend pas de la composition du groupe des membres hors réserve des bandes indiennes, de sa relative homogénéité ou de la discrimination particulière dont il a pu faire l'objet dans le passé. C'est la situation actuelle du groupe par rapport à celle du groupe témoin qui est pertinente. Toutes les parties ont accepté que le groupe des membres hors réserve comprend des personnes qui ont librement choisi de vivre hors des réserves, des personnes qui ont dû à contrecoeur les quitter pour des raisons socioéconomiques, d'autres qui, après avoir été expulsées de leur bande, ont été rétablies dans leur droit d'en être membres par le projet de loi C-31 (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27), ainsi que des descendants de ces personnes. Il est admis que les membres hors réserve des bandes indiennes sont victimes de discrimination et constituent un groupe défavorisé. Il est également admis que bien des personnes faisant partie de ce groupe ont été expulsées des réserves en raison de politiques et de dispositions législatives qui ont été modifiées par le projet de loi C-31, et qu'il est possible d'affirmer qu'elles ont été doublement victimes de discrimination. Toutefois, les Autochtones habitant les réserves sont victimes de la même discrimination. Certains ont subi les effets du projet de loi C-31. Certains ont quitté la réserve puis y sont revenus. Les faits sociaux pertinents en l'espèce sont ceux qui se rapportent aux membres hors réserve des bandes indiennes plutôt qu'aux membres de ces bandes qui habitent les réserves. Néanmoins, même si tous les membres hors réserve des bandes indiennes avaient volontairement choisi ce mode de vie et n'étaient pas victimes de discrimination dans la société canadienne en général, leur droit d'action resterait néanmoins intact. Ils continueraient d'être défavorisés du fait qu'on leur nie la possibilité de participer pleinement aux affaires de la bande à laquelle ils ne cessent d'appartenir, alors que le conseil de cette bande est en mesure d'exercer de

living off-reserve and renouncing the exercise of their political rights. The political rights in question are related to the race of the individuals affected, and to their cultural identity. As mentioned earlier, the differential treatment resulting from the legislation is discriminatory because it implies that off-reserve band members are lesser members of their bands or persons who have chosen to be assimilated by the mainstream society.

l'influence sur leurs intérêts, particulièrement en prenant des décisions concernant la cession des terres de la réserve ou leur répartition entre les membres de la bande, la levée de fonds et l'engagement de dépenses au profit de l'ensemble des membres de la bande. Le texte de loi en cause a pour effet de forcer les membres à choisir entre deux partis: vivre dans la réserve et exercer leurs droits politiques, ou vivre hors de la réserve et renoncer à exercer ces droits. Les droits politiques en question sont liés à la race des individus concernés ainsi qu'à leur identité culturelle. Comme il a été indiqué plus tôt, la différence de traitement résultant du texte de loi est discriminatoire parce qu'elle implique que les membres hors réserve des bandes indiennes sont des membres de rang inférieur de leur bande respective ou des personnes qui ont choisi de s'assimiler à la société majoritaire.

20 We have been asked to consider the possible application of s. 25 of the *Charter*. This section provides that rights accorded in the *Charter* must not be construed as abrogating or derogating from the rights of Aboriginals. We agree with L'Heureux-Dubé J. that given the limited argument on this issue, it would be inappropriate to articulate general principles pertaining to s. 25 in this case. Suffice it to say that a case for its application has not been made out here.

On nous a demandé d'examiner l'application possible de l'art. 25 de la *Charte*. Cet article dispose que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne portent pas atteinte aux autres droits des Autochtones. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour affirmer que, compte tenu de l'argumentation limitée qui a été présentée sur ce point, il ne conviendrait pas d'énoncer, en l'espèce, des principes généraux relativement à l'art. 25. Qu'il suffise de mentionner qu'on n'a pas démontré son application dans le présent cas.

21 Having found that s. 77(1) is discriminatory, we must address the s. 1 argument of the appellants. The applicable test was recently described by Iacobucci J. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182. We are satisfied that the restriction on voting is rationally connected to the aim of the legislation, which is to give a voice in the affairs of the reserve only to the persons most directly affected by the decisions of the band council. It is admitted that although all band members are subject to some decisions of the band council, most decisions would only impact on members living on the reserve. The restriction of s. 15 rights is however not justified under the second branch of the s. 1 test; it has not been demonstrated that s. 77(1) of the *Indian Act* impairs the s. 15 rights

Ayant conclu au caractère discriminatoire du par. 77(1), nous devons maintenant examiner l'argument des appelantes fondé sur l'article premier. Le critère applicable a récemment été décrit par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182. Nous sommes convaincus que la restriction du droit de vote a un lien rationnel avec l'objectif de la loi, qui est de donner voix au chapitre, en ce qui concerne les affaires de la réserve, seulement aux personnes les plus directement touchées par les décisions du conseil de la bande. Il est admis que, bien que tous les membres de la bande soient assujettis à certaines décisions du conseil de la bande, la plupart de ces décisions n'ont d'incidence que sur les membres vivant dans la réserve. La restriction des droits garantis par

minimally. Even if it is accepted that some distinction may be justified in order to protect legitimate interests of band members living on the reserve, it has not been demonstrated that a complete denial of the right of band members living off-reserve to participate in the affairs of the band through the democratic process of elections is necessary. Some parties and interveners have mentioned the possibility of a two-tiered council, of reserved seats for off-reserve members of the band, of double-majority votes on some issues. The appellants argue that there are important difficulties and costs involved in maintaining an electoral list of off-reserve band members and in setting up a system of governance balancing the rights of on-reserve and off-reserve band members. But they present no evidence of efforts deployed or schemes considered and costed, and no argument or authority in support of the conclusion that costs and administrative convenience could justify a complete denial of the constitutional right. Under these circumstances, we must conclude that the violation has not been shown to be demonstrably justified.

With regard to remedy, the Court of Appeal was of the view that it would be preferable to grant the Batchewana Band a permanent constitutional exemption rather than to declare s. 77(1) of the *Indian Act* to be unconstitutional and without effect generally. With respect, we must disagree. The remedy of constitutional exemption has been recognized in a very limited way in this Court, to protect the interests of a party who has succeeded in having a legislative provision declared unconstitutional, where the declaration of invalidity has been suspended; see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 715-17; *Rodriguez v. British*

l'art. 15 n'est cependant pas justifiée suivant le deuxième volet du critère fondé sur l'article premier; il n'a pas été démontré que le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* porte le moins possible atteinte aux droits garantis par l'art. 15. Même en admettant qu'une certaine distinction puisse être justifiée pour protéger des intérêts légitimes des membres des bandes indiennes qui vivent dans les réserves, il n'a pas été démontré qu'il est nécessaire de nier complètement aux membres hors réserve de ces bandes le droit de participer aux affaires de leur bande respective par le processus démocratique des élections. Certaines parties ainsi que des intervenants ont fait état de la possibilité d'établir des conseils à deux paliers, de réserver des sièges aux membres hors réserve des bandes ou d'instaurer des votes à double majorité sur certaines questions. Les appelantes soutiennent que le maintien d'une liste électorale sur laquelle seraient inscrits les membres hors réserve des bandes indiennes et l'établissement d'un système d'administration permettant de mettre en équilibre les droits des membres des bandes qui habitent les réserves et ceux des membres hors réserve impliquent des coûts et des difficultés considérables. Toutefois, elles ne présentent pas d'élément de preuve quant aux efforts qui auraient été déployés ou aux mécanismes qui auraient été envisagés et à leurs coûts, ni d'arguments ou de précédents au soutien de la conclusion que le déni complet du droit constitutionnel pourrait être justifié par de tels coûts et des inconvénients d'ordre administratif. Dans les circonstances, nous devons conclure qu'il n'a pas été démontré que l'atteinte peut être justifiée.

Pour ce qui est de la réparation, la Cour d'appel a dit être d'avis qu'il était préférable, en l'espèce, d'accorder une exemption constitutionnelle permanente à la bande de Batchewana plutôt que de déclarer le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* inconstitutionnel et inopérant de façon générale. Avec égards, nous devons exprimer notre désaccord avec cette solution. L'exemption constitutionnelle a été reconnue, mais de façon très limitée par notre Cour, comme une mesure de réparation destinée à protéger les intérêts d'une partie qui a réussi à faire déclarer inconstitutionnelle une disposition législative, lorsque la prise d'effet de la déclaration

*Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 577. We do not think this is a case where a possible expansion of the constitutional exemption remedy should be considered. There is no evidence of special circumstances upon which this possibility might be raised. The evidence before the Court is that there are off-reserve members of most if not all Indian bands in Canada that are affected by s. 77(1) of the *Indian Act*, and no evidence of other rights that may be relevant in examining the effect of s. 77(1) with regard to any band other than the Batchewana Band. If another band could establish an Aboriginal right to restrict voting, as suggested by the Court of Appeal, that right would simply have precedence over the terms of the *Indian Act*; this is not a reason to restrict the declaration of invalidity to the Batchewana Band.

d'invalidité a été suspendue; voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 715 et 717; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 577. Nous ne croyons pas être en présence d'un cas où l'élargissement de la portée de cette réparation devrait être envisagé. Il n'y a aucune preuve de l'existence de circonstances spéciales permettant d'envisager cette possibilité. Il ressort de la preuve soumise à notre Cour que la plupart, voire la totalité des bandes au Canada comptent des membres hors réserve qui sont touchés par le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*. Par ailleurs, il n'y a aucune preuve de l'existence d'autres droits susceptibles d'être pertinents dans l'examen de l'effet du par. 77(1) sur quelque autre bande que celle de Batchewana. Si une autre bande pouvait établir l'existence d'un droit ancestral l'autorisant à restreindre le droit de vote, comme l'a laissé entendre la Cour d'appel, ce droit aurait tout simplement préséance sur les dispositions de la *Loi sur les Indiens*; ce n'est pas une raison pour restreindre l'application de la déclaration d'invalidité à la bande de Batchewana.

23

Where there is inconsistency between the *Charter* and a legislative provision, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides that the provision shall be rendered void to the extent of the inconsistency. We would declare the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) of the *Indian Act* to be inconsistent with s. 15(1) but suspend the implementation of this declaration for 18 months. We would not grant a constitutional exemption to the Batchewana Band during the period of suspension, as would normally be done according to the rule in *Schachter*. The reason for this is that in the particular circumstances of this case, it would appear to be preferable to develop an electoral process that will balance the rights of off-reserve and on-reserve band members. We have not overlooked the possibility that legislative inaction may create new problems. Such claims will fall to be dealt with on their merits should they arise.

En cas d'incompatibilité entre la *Charte* et une disposition législative, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet de rendre cette disposition inopérante. Nous sommes donc d'avis de déclarer les mots «et réside ordinairement sur la réserve» employés au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* incompatibles avec le par. 15(1), et de suspendre pour 18 mois la prise d'effet de cette déclaration. Nous ne sommes pas d'avis d'accorder une exemption constitutionnelle à la bande de Batchewana pendant la durée de la suspension de la prise d'effet, contrairement à ce qui est normalement le cas suivant la règle établie dans *Schachter*. La raison de cette décision est que, eu égard aux circonstances particulières du présent cas, il semble préférable d'élaborer un système électoral qui mettra en équilibre les droits des membres vivant hors des réserves et ceux des membres qui y résident. Nous avons tenu compte de la possibilité que l'inaction du législateur puisse créer de nouveaux problèmes. En cas de litiges de cette nature, ils seront tranchés à la lumière des faits qui leur sont propres.

We would therefore dismiss the appeal and modify the remedy by striking out the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) of the *Indian Act* and suspending the implementation of the declaration of invalidity for 18 months, with costs to the respondents. We would answer the restated constitutional questions as follows:

1. Do the words “and is ordinarily resident on the reserve” contained in s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either generally or with respect only to members of the Batchewana Indian Band?

Yes, in their general application.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 77(1) of the *Indian Act* demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Binnie JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Section 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, defines voter eligibility in bands whose election regime is governed by the Act's provisions. The section requires band members to be at least 18 years old, and “ordinarily resident on the reserve” to be entitled to vote. This appeal requires a determination of whether the residence requirement violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, if so, whether the legislation is justified under s. 1 of the *Charter*. The appeal also requires the Court to consider whether the legislation violates s. 15 in relation only to the Batchewana Band, or whether the violation occurs generally, as well as the appropriate remedy, if any, for the violation.

En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de modifier la réparation en supprimant les mots «et réside ordinairement sur la réserve» employés au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* et en suspendant la prise d'effet de la déclaration d'invalidité pour 18 mois, avec dépens en faveur des intimés. Nous répondrions de la manière suivante aux questions constitutionnelles reformulées:

1. Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit de façon générale, soit uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana?

Oui, dans leur application générale.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est-il une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Binnie rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, fixe les conditions d'exercice du droit de vote pour les bandes dont le régime électoral est régi par les dispositions de la loi. Aux termes de ce paragraphe, a qualité pour voter tout membre de la bande qui est âgé d'au moins 18 ans et «réside ordinairement sur la réserve». Le présent pourvoi nous invite à décider si la condition relative au lieu de résidence contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si la disposition législative en litige est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La Cour doit aussi déterminer si cette disposition viole l'art. 15 uniquement en ce qui a trait à la bande de Batchewana ou si l'atteinte a une portée générale, et fixer, s'il y a lieu, la réparation qui convient.

### I. Factual Background

26

The chiefs and councils of *Indian Act* bands, pursuant to the definition of “council of the band” in s. 2(1), are chosen following the band’s custom, or, if an order in council has been made under s. 74(1), by the procedures set out in the Act, including s. 77(1). The trial judge found that the policy of the Department of Indian and Northern Affairs Canada is that a band will not be deleted from the order in council placing it under the election procedures of the *Indian Act* unless the band council and the current “electors” so approve, either through a plebiscite or at a public meeting. Certain other conditions must also be met. The most recent order in council, the *Indian Bands Council Elections Order*, SOR/97-138, which came into effect on March 4, 1997, provides that 288 bands select their leadership in accordance with the *Indian Act*. This number represents just under half of the *Indian Act* bands in Canada.

27

The respondents are members of the Batchewana Indian Band, which has three reserves near the city of Sault Ste. Marie, Ontario: the Rankin, Goulais Bay, and Obadjiwan reserves. The Batchewana Band is included in the 1997 order in council, its councillors are not chosen in electoral sections, and voter eligibility for its elections is therefore governed by s. 77(1) of the *Indian Act*. The respondent John Corbiere resides on the Rankin Reserve, while the other three respondents are members of the Batchewana Band who do not live on any of the reserves. They take this action on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the band. Of the 1,426 members of the band who were registered in 1991, 958 members, or 67.2 percent, lived off-reserve. The Batchewana Band’s history, like that of many First Nations, involved the loss of most of its traditional land base. Prior to 1850, the Batchewana and other bands of the Ojibway occupied large areas of land along the eastern and northern shores of Lake Huron, the northern shore of Lake Superior, and

### I. Le contexte factuel

Conformément à la définition de «conseil de la bande» au par. 2(1), les chefs et conseils des bandes auxquelles s’applique la *Loi sur les Indiens* sont choisis selon la coutume de la bande ou, si un arrêté a été pris en vertu du par. 74(1), selon les procédures prévues par la loi, notamment le par. 77(1). Le juge de première instance a conclu que, suivant la politique du ministère des Affaires Indiennes et du Nord canadien, une bande n’est retranchée de l’arrêté qui l’assujettit aux procédures électorales prévues par la *Loi sur les Indiens* que si le conseil de la bande et les «électeurs» inscrits approuvent une telle décision soit par plébiscite soit au cours d’une assemblée publique. Certaines autres conditions doivent également être respectées. Le plus récent arrêté, l’*Arrêté sur l’élection du conseil de bandes indiennes*, DORS/97-138, entré en vigueur le 4 mars 1997, indique que 288 bandes choisissent leurs dirigeants conformément à la *Loi sur les Indiens*. Ce nombre représente un peu moins de la moitié des bandes auxquelles s’applique la *Loi sur les Indiens* au Canada.

Les intimés sont membres de la bande Indienne de Batchewana, qui compte trois réserves près de la ville de Sault Ste. Marie, en Ontario: les réserves de Rankin, de Goulais Bay et d’Obadjiwan. Comme la bande de Batchewana est mentionnée dans l’*Arrêté* de 1997 et que ses conseillers ne sont pas élus par sections électorales, l’admissibilité à voter aux élections de la bande est donc régie par le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*. L’intimé John Corbiere réside dans la réserve de Rankin, tandis que les trois autres intimés sont des membres de la bande de Batchewana qui ne vivent dans aucune des réserves. Ils ont intenté la présente action en leur nom et au nom de tous les membres non résidents de la bande. Des 1 426 membres inscrits de la bande en 1991, 958 membres — soit 67,2 p. 100 — résidaient à l’extérieur des réserves. Tout comme celle de bon nombre d’autres premières nations, l’histoire de la bande de Batchewana a été marquée par la perte de la majeure partie de son assise territoriale traditionnelle. Avant 1850, la

various areas inland. In 1850, as part of the Robinson-Huron Treaty, this land was surrendered to the Crown and the Batchewana obtained a reserve of 246 square miles. In 1859, the band surrendered all of this reserve through the Pennefather treaty, leaving it only with Whitefish Island, a small island in the St. Marys River. Under this treaty, the band's members were promised that the band would be given land on the reserve of the Garden River Band near Sault Ste. Marie. This promise was never fulfilled. For 20 years, therefore, the band owned only approximately 15 acres of land.

After 1879, the band began to re-acquire land. In that year, the band council purchased what is now the Goulais Bay Reserve north of Sault Ste. Marie, and its size was increased by a donation from the Roman Catholic Church in 1885. When Whitefish Island was expropriated by three railway companies in 1900 and 1902, the Goulais Bay Reserve became the band's only land. Until the 1960s or early 1970s, therefore, most band members lived on the Garden River Reserve belonging to another band. In the 1940s, the band council, made up of and elected by non-residents, assembled land which became the Rankin Reserve in 1952. The main portion of this land is surrounded by the city of Sault Ste. Marie, and portions of it also border the St. Marys River and the Garden River Reserve. The third reserve, the Obadjiwan Reserve, which became part of the Batchewana Band's land base in 1962, is quite small and, like the Goulais Bay Reserve, is located in a rural area north of Sault Ste. Marie. The largest percentage of those who live on one of the band's reserves live on the Rankin Reserve.

Residence on the reserve was required, by law, for band members to be eligible to vote for band

bande de Batchewana et d'autres bandes d'Ojibway occupaient de vastes territoires sur les rives est et nord du lac Huron et sur la rive nord du lac Supérieur, ainsi que divers territoires à l'intérieur des terres. En 1850, dans le cadre du traité Robinson-Huron, ce territoire a été cédé à la Couronne et la bande de Batchewana a obtenu une réserve de 246 milles carrés. En 1859, par le traité Pennefather, la bande a cédé la totalité de cette réserve, se retrouvant avec seulement l'île Whitefish, une petite île de la rivière St. Marys. Dans ce traité, on promettait aux membres de la bande qu'on donnerait à celle-ci des terres dans la réserve de la bande de Garden River près de Sault Ste. Marie. Cette promesse n'a jamais été tenue. Pendant 20 ans, donc, la bande n'a possédé qu'environ 15 acres de terres.

Après 1879, la bande a commencé à acquérir de nouvelles terres. Cette année-là, le conseil de bande a acheté ce qui allait devenir la réserve de Goulais Bay au nord de Sault Ste. Marie. La superficie de cette réserve s'est accrue à la faveur d'une donation de l'Église catholique romaine en 1885. Quand l'île Whitefish a été expropriée par trois sociétés ferroviaires en 1900 et en 1902, la réserve de Goulais Bay est devenue la seule assise territoriale de la bande. Par conséquent, jusqu'aux années 1960 ou au début des années 1970, la plupart des membres de la bande ont vécu dans la réserve de Garden River, qui appartenait à une autre bande. Au cours des années 1940, le conseil de bande, qui était formé de non-résidents élus par des non-résidents, a réuni des terres qui sont devenues la réserve de Rankin en 1952. La majeure partie de cette réserve est entourée par la ville de Sault Ste. Marie, et certaines de ses parties longent également la rivière St. Marys et la réserve de Garden River. La troisième réserve, la réserve d'Obadjiwan, qui est venue compléter l'assise territoriale de la bande de Batchewana en 1962, a une très petite superficie et, tout comme la réserve de Goulais Bay, se trouve en zone rurale au nord de Sault Ste. Marie. La réserve de Rankin est celle qui compte le plus de résidents.

Depuis l'Acte de l'avancement des Sauvages, 1884, S.C. 1884, ch. 28, art. 5, les membres des

councils, beginning with *The Indian Advancement Act, 1884*, S.C. 1884, c. 28, s. 5. This requirement was also contained in *The Indian Advancement Act*, R.S.C. 1886, c. 44, s. 5(1), the *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, s. 172(b), and the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 163(a). In addition, band members were required to be over 21 and male. To vote on the surrender or release of land, historically, the requirement was not as strict, requiring, for example, residence "on or near" the lands in question (*An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordinance Lands*, S.C. 1868, c. 42, s. 8(1)) and later, requiring voters on these questions to be resident "on or near" and "interested in" the reserve (*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 51(2)). Voter eligibility provisions similar to the present ones, though they provided for a minimum age of 21 years, were introduced in *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, ss. 2(1)(e) and 76(1). From the first election in 1902 until 1962, the residency requirement was not enforced in Batchewana Band elections. Since that time, only band members living on one of the three reserves have been allowed to vote.

bandes Indiennes sont tenus par la loi de résider dans la réserve pour être admis à voter à l'élection du conseil de bande. Cette exigence figurait également dans l'*Acte de l'avancement des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 44, par. 5(1), dans la *Loi des Sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, al. 172(b), et dans la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, al. 163a). En outre, seuls les membres de sexe masculin de la bande âgés de 21 ans révolus avaient droit de vote. Historiquement, pour voter sur la cession ou la rétrocession de terres, l'exigence n'était pas aussi stricte, puisqu'il fallait, par exemple, résider «sur les terres en question ou dans les environs» (*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42, par. 8(1)), et, plus tard, il fallait résider «dans ou près la réserve» ou «y avoir un intérêt» (*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, par. 51(2)). La *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, al. 2(1)e) et par. 76(1), a introduit, en matière d'admissibilité à voter, des dispositions semblables à celles qui sont présentement en vigueur, si ce n'est qu'elles fixaient à 21 ans l'âge minimum pour voter. Depuis la toute première élection en 1902, et ce jusqu'en 1962, la condition relative au lieu de résidence n'a pas été appliquée dans le cadre des élections de la bande de Batchewana. Depuis cette date, toutefois, seuls les membres de la bande qui vivent dans l'une des trois réserves sont autorisés à voter.

30

The number of Batchewana Band members has risen dramatically since 1985, and at the same time the percentage of band members living on the reserves has dramatically fallen. In 1985, 71.1 percent of the 543 registered members of the band lived on-reserve. In 1991, only 32.8 percent of the 1,426 registered members lived on the reserves. The parties agree that this trend is continuing. This dramatic increase in the number of off-reserve members occurred largely because of the passage of *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27 ("Bill C-31"), by Parliament. This legislation restored Indian status to most of those who had lost this status because of the operation of certain sections of the *Indian Act*, as well as to the descendants of such people. Prior to this legisla-

Le nombre de membres de la bande de Batchewana a augmenté de façon spectaculaire depuis 1985, et cette augmentation a été accompagnée d'une chute tout aussi abrupte du pourcentage des membres de la bande vivant dans les réserves. En 1985, 71,1 p. 100 des 543 membres inscrits de la bande vivaient dans les réserves. En 1991, seulement 32,8 p. 100 des 1 426 membres inscrits habitaient les réserves. Les parties s'entendent pour dire que cette tendance se poursuit. Cette augmentation spectaculaire du nombre de membres hors réserve est largement attribuable à l'adoption par le Parlement de la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27 (le «projet de loi C-31»). Cette loi a rétabli dans leur statut d'Indien la plupart des personnes qui l'avaient perdu par

tion, women with Indian status who married non-Indian men lost their status, and their children did not get status, though men who married non-Indian women, and their children, maintained Indian status. Registered Indians who voluntarily "enfranchised" also lost Indian status. For the Batchewana Band, approximately 85 percent of the growth in band membership consisted of people who were reinstated to Indian status and band membership because of Bill C-31. Similar trends may be seen in many other bands.

## II. Relevant Constitutional, Statutory, and Regulatory Provisions

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

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

25. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

- (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and
- (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

l'effet de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*, ainsi que les descendants de ces personnes. Avant l'adoption de cette loi, les femmes Indiennes qui épousaient des hommes non Indiens perdaient leur statut et leurs enfants ne pouvaient pas l'obtenir, alors que les hommes qui mariaient des femmes non Indiennes et les enfants de ces unions le conservaient. Les Indiens inscrits qui choisissaient l'«émancipation» perdaient aussi leur statut. Dans le cas de la bande de Batchewana, environ 85 p. 100 des nouveaux membres sont des personnes qui, grâce au projet de loi C-31, ont été rétablies dans leur statut d'Indien et leur droit d'appartenir à la bande. Cette tendance peut être observée dans bon nombre d'autres bandes.

## II. Les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires pertinentes

### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

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

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment:

- a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur les revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

*Constitution Act, 1982*

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

*Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5*

2. (1) In this Act,

“band” means a body of Indians

(a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,

(b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or

(c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;

“council of the band” means

(a) in the case of a band to which section 74 applies, the council established pursuant to that section,

(b) in the case of a band to which section 74 does not apply, the council chosen according to the custom of the band, or, where there is no council, the chief of the band chosen according to the custom of the band;

“elector” means a person who

(a) is registered on a Band List,

(b) is of the full age of eighteen years, and

*Loi constitutionnelle de 1982*

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

*Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5*

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

«bande» Groupe d’Indiens, selon le cas:

a) à l’usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l’usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d’argent;

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l’application de la présente loi.

«conseil de la bande»

a) Dans le cas d’une bande à laquelle s’applique l’article 74, le conseil constitué conformément à cet article;

b) dans le cas d’une bande à laquelle l’article 74 n’est pas applicable, le conseil choisi selon la coutume de la bande ou, en l’absence d’un conseil, le chef de la bande choisi selon la coutume de celle-ci.

«électeur» Personne qui remplit les conditions suivantes:

a) être inscrit sur une liste de bande;

b) avoir dix-huit ans;

(c) is not disqualified from voting at band elections;

**20.** (1) No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

**38.** (1) A band may absolutely surrender to Her Majesty, conditionally or unconditionally, all of the rights and interests of the band and its members in all or part of a reserve.

**39.** (1) An absolute surrender or a designation is void unless

(a) it is made to Her Majesty;

(b) it is assented to by a majority of the electors of the band

(i) at a general meeting of the band called by the council of the band,

(ii) at a special meeting of the band called by the Minister for the purpose of considering a proposed absolute surrender or designation, or

(iii) by a referendum as provided in the regulations; and

(c) it is accepted by the Governor in Council.

**64.** (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band

(a) to distribute per capita to the members of the band an amount not exceeding fifty per cent of the capital moneys of the band derived from the sale of surrendered lands;

(b) to construct and maintain roads, bridges, ditches and watercourses on reserves or on surrendered lands;

(c) to construct and maintain outer boundary fences on reserves;

(d) to purchase land for use by the band as a reserve or as an addition to a reserve;

(e) to purchase for the band the interest of a member of the band in lands on a reserve;

(f) to purchase livestock and farm implements, farm equipment or machinery for the band;

(g) to construct and maintain on or in connection with a reserve such permanent improvements or works as in the opinion of the Minister will be of permanent value to the band or will constitute a capital investment;

c) ne pas avoir perdu son droit de vote aux élections de la bande.

**20.** (1) Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

**38.** (1) Une bande peut céder à titre absolu à Sa Majesté, avec ou sans conditions, tous ses droits, et ceux de ses membres, portant sur tout ou partie d'une réserve.

**39.** (1) Une cession à titre absolu ou une désignation n'est valide que si les conditions suivantes sont réunies:

a) elle est faite à Sa Majesté;

b) elle est sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande:

(i) soit à une assemblée générale de la bande convoquée par son conseil,

(ii) soit à une assemblée spéciale de la bande convoquée par le ministre en vue d'examiner une proposition de cession à titre absolu ou de désignation,

(iii) soit au moyen d'un référendum comme le prévoient les règlements;

c) elle est acceptée par le gouverneur en conseil.

**64.** (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et prescrire la dépense de sommes d'argent au compte en capital de la bande:

a) pour distribuer *per capita* aux membres de la bande un montant maximal de cinquante pour cent des sommes d'argent au compte en capital de la bande, provenant de la vente de terres cédées;

b) pour construire et entretenir des routes, ponts, fossés et cours d'eau dans des réserves ou sur des terres cédées;

c) pour construire et entretenir des clôtures de délimitation extérieure sur les réserves;

d) pour acheter des terrains que la bande emploiera comme réserve ou comme addition à une réserve;

e) pour acheter pour la bande les droits d'un membre de la bande sur des terrains sur une réserve;

f) pour acheter des animaux, des instruments ou de l'outillage de ferme ou des machines pour la bande;

g) pour établir et entretenir dans une réserve ou à l'égard d'une réserve les améliorations ou ouvrages permanents qui, de l'avis du ministre, seront d'une valeur permanente pour la bande ou constitueront un placement en capital;

(h) to make to members of the band, for the purpose of promoting the welfare of the band, loans not exceeding one-half of the total value of

- (i) the chattels owned by the borrower, and
- (ii) the land with respect to which he holds or is eligible to receive a Certificate of Possession,

and may charge interest and take security therefor;

(i) to meet expenses necessarily incidental to the management of lands on a reserve, surrendered lands and any band property;

(j) to construct houses for members of the band, to make loans to members of the band for building purposes with or without security and to provide for the guarantee of loans made to members of the band for building purposes; and

(k) for any other purpose that in the opinion of the Minister is for the benefit of the band.

**66.** (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of revenue moneys for any purpose that in the opinion of the Minister will promote the general progress and welfare of the band or any member of the band.

**69.** (1) The Governor in Council may by order permit a band to control, manage and expend in whole or in part its revenue moneys and may amend or revoke any such order.

**74.** (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Minister may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

**75.** (1) No person other than an elector who resides in an electoral section may be nominated for the office of councillor to represent that section on the council of the band.

(2) No person may be a candidate for election as chief or councillor unless his nomination is moved and seconded by persons who are themselves eligible to be nominated.

**77.** (1) A member of a band who has attained the age of eighteen years and is ordinarily resident on the reserve is qualified to vote for a person nominated to be chief of the band and, where the reserve for voting

*h)* pour consentir aux membres de la bande, en vue de favoriser son bien-être, des prêts n'excedant pas la moitié de la valeur globale des éléments suivants:

- (i) les biens meubles appartenant à l'emprunteur,
- (ii) la terre concernant laquelle il détient ou a le droit de recevoir un certificat de possession,

et percevoir des intérêts et recevoir des gages à cet égard;

*i)* pour subvenir aux frais nécessairement accessoires à la gestion de terres situées sur une réserve, de terres cédées et de tout bien appartenant à la bande;

*j)* pour construire des maisons destinées aux membres de la bande, pour consentir des prêts aux membres de la bande aux fins de construction, avec ou sans garantie, et pour prévoir la garantie des prêts consentis aux membres de la bande en vue de la construction;

*k)* pour toute autre fin qui, d'après le ministre, est à l'avantage de la bande.

**66.** (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et ordonner la dépense de sommes d'argent du compte de revenu à toute fin qui, d'après lui, favorisera le progrès général et le bien-être de la bande ou d'un de ses membres.

**69.** (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, permettre à une bande de contrôler, administrer et dépenser la totalité ou une partie de l'argent de son compte de revenu; il peut aussi modifier ou révoquer un tel décret.

**74.** (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour qu'il désigne le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera constitué au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

**75.** (1) Seul un électeur résidant dans une section électorale peut être présenté au poste de conseiller pour représenter cette section au conseil de la bande.

(2) Nul ne peut être candidat à une élection au poste de chef ou de conseiller d'une bande, à moins que sa candidature ne soit proposée et appuyée par des personnes habiles elles-mêmes à être présentées.

**77.** (1) Un membre d'une bande, qui a au moins dix-huit ans et réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la

purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors.

(2) A member of a band who is of the full age of eighteen years and is ordinarily resident in a section that has been established for voting purposes is qualified to vote for a person nominated to be councillor to represent that section.

**81.** (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely:

- (a) to provide for the health of residents on the reserve and to prevent the spreading of contagious and infectious diseases;
- (b) the regulation of traffic;
- (c) the observance of law and order;
- (d) the prevention of disorderly conduct and nuisances;
- (e) the protection against and prevention of trespass by cattle and other domestic animals, the establishment of pounds, the appointment of pound-keepers, the regulation of their duties and the provision for fees and charges for their services;
- (f) the construction and maintenance of watercourses, roads, bridges, ditches, fences and other local works;
- (g) the dividing of the reserve or a portion thereof into zones and the prohibition of the construction or maintenance of any class of buildings or the carrying on of any class of business, trade or calling in any zone;
- (h) the regulation of the construction, repair and use of buildings, whether owned by the band or by individual members of the band;
- (i) the survey and allotment of reserve lands among the members of the band and the establishment of a register of Certificates of Possession and Certificates of Occupation relating to allotments and the setting apart of reserve lands for common use, if authority therefor has been granted under section 60;
- (j) the destruction and control of noxious weeds;
- (k) the regulation of bee-keeping and poultry raising;

réserve, aux fins d'élection, ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers.

(2) Un membre d'une bande, qui a dix-huit ans et réside ordinairement dans une section électorale établie aux fins d'élection, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée au poste de conseiller pour représenter cette section.

**81.** (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

- a) l'adoption de mesures relatives à la santé des habitants de la réserve et les précautions à prendre contre la propagation des maladies contagieuses et infectieuses;
- b) la réglementation de la circulation;
- c) l'observation de la loi et le maintien de l'ordre;
- d) la répression de l'inconduite et des inconvénients;
- e) la protection et les précautions à prendre contre les empiétements des bestiaux et autres animaux domestiques, l'établissement de fourrières, la nomination de gardes-fourrières, la réglementation de leurs fonctions et la constitution de droits et redevances pour leurs services;
- f) l'établissement et l'entretien de cours d'eau, routes, ponts, fossés, clôtures et autres ouvrages locaux;
- g) la division de la réserve ou d'une de ses parties en zones, et l'interdiction de construire ou d'entretenir une catégorie de bâtiments ou d'exercer une catégorie d'entreprises, de métiers ou de professions dans une telle zone;
- h) la réglementation de la construction, de la réparation et de l'usage des bâtiments, qu'ils appartiennent à la bande ou à des membres de la bande pris individuellement;
- i) l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, et l'établissement d'un registre de certificats de possession et de certificats d'occupation concernant les attributions, et la mise à part de terres de la réserve pour usage commun, si l'autorisation à cet égard a été accordée aux termes de l'article 60;
- j) la destruction et le contrôle des herbes nuisibles;
- k) la réglementation de l'apiculture et de l'aviculture;

(l) the construction and regulation of the use of public wells, cisterns, reservoirs and other water supplies;

(m) the control or prohibition of public games, sports, races, athletic contests and other amusements;

(n) the regulation of the conduct and activities of hawkers, peddlers or others who enter the reserve to buy, sell or otherwise deal in wares or merchandise;

(o) the preservation, protection and management of fur-bearing animals, fish and other game on the reserve;

(p) the removal and punishment of persons trespassing on the reserve or frequenting the reserve for prohibited purposes;

(p.1) the residence of band members and other persons on the reserve;

(p.2) to provide for the rights of spouses and children who reside with members of the band on the reserve with respect to any matter in relation to which the council may make by-laws in respect of members of the band;

(p.3) to authorize the Minister to make payments out of capital or revenue moneys to persons whose names were deleted from the Band List of the band;

(p.4) to bring subsection 10(3) or 64.1(2) into effect in respect of the band;

(q) with respect to any matter arising out of or ancillary to the exercise of powers under this section; and

(r) the imposition on summary conviction of a fine not exceeding one thousand dollars or imprisonment for a term not exceeding thirty days, or both, for violation of a by-law made under this section.

**83.** (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the

l) l'établissement de puits, citernes et réservoirs publics et autres services d'eau du même genre, ainsi que la réglementation de leur usage;

m) la réglementation ou l'interdiction de jeux, sports, courses et concours athlétiques d'ordre public et autres amusements du même genre;

n) la réglementation de la conduite et des opérations des marchands ambulants, colporteurs ou autres personnes qui pénètrent dans la réserve pour acheter ou vendre des produits ou marchandises, ou en faire un autre commerce;

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve;

p) l'expulsion et la punition des personnes qui pénètrent sans droit ni autorisation dans la réserve ou la fréquentent pour des fins interdites;

p.1) la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve;

p.2) l'adoption de mesures relatives aux droits des conjoints ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle le conseil peut établir des règlements administratifs à l'égard des membres de la bande;

p.3) l'autorisation du ministre à effectuer des paiements sur des sommes d'argent au compte de capital ou des sommes d'argent de revenu aux personnes dont les noms ont été retranchés de la liste de la bande;

p.4) la mise en vigueur des paragraphes 10(3) ou 64.1(2) à l'égard de la bande;

q) toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus par le présent article, ou qui y est accessoire;

r) l'imposition, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende maximale de mille dollars et d'un emprisonnement maximal de trente jours, ou de l'une de ces peines, pour violation d'un règlement administratif pris aux termes du présent article.

**83.** (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles

reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

(a.1) the licensing of businesses, callings, trades and occupations;

(b) the appropriation and expenditure of moneys of the band to defray band expenses;

(c) the appointment of officials to conduct the business of the council, prescribing their duties and providing for their remuneration out of any moneys raised pursuant to paragraph (a);

(d) the payment of remuneration, in such amount as may be approved by the Minister, to chiefs and councillors, out of any moneys raised pursuant to paragraph (a);

(e) the enforcement of payment of amounts that are payable pursuant to this section, including arrears and interest;

(e.1) the imposition and recovery of interest on amounts that are payable pursuant to this section, where those amounts are not paid before they are due, and the calculation of that interest;

(f) the raising of money from band members to support band projects; and

(g) with respect to any matter arising out of or ancillary to the exercise of powers under this section.

(2) An expenditure made out of moneys raised pursuant to subsection (1) must be so made under the authority of a by-law of the council of the band.

**85.1** (1) Subject to subsection (2), the council of a band may make by-laws

(a) prohibiting the sale, barter, supply or manufacture of intoxicants on the reserve of the band;

(b) prohibiting any person from being intoxicated on the reserve;

(c) prohibiting any person from having intoxicants in his possession on the reserve; and

(d) providing for exceptions to any of the prohibitions established pursuant to paragraph (b) or (c).

situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

a.1) la délivrance de permis, de licences ou d'agréments aux entreprises, professions, métiers et occupations;

b) l'affectation et le déboursement de l'argent de la bande pour couvrir les dépenses de cette dernière;

c) la nomination de fonctionnaires chargés de diriger les affaires du conseil, en établissant leurs fonctions et prévoyant leur rétribution sur les fonds prélevés en vertu de l'alinéa a);

d) le versement d'une rémunération, pour le montant que le ministre peut approuver, aux chefs et conseillers, sur les fonds prélevés en vertu de l'alinéa a);

e) les mesures d'exécution forcée visant le recouvrement de tout montant qui peut être perçu en application du présent article, arrérages et intérêts compris;

e.1) l'imposition, pour non-paiement de tout montant qui peut être perçu en application du présent article, d'intérêts et la fixation, par tarif ou autrement, de ces intérêts;

f) la réunion de fonds provenant des membres de la bande et destinés à supporter des entreprises de la bande;

g) toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus par le présent article, ou qui y est accessoire.

(2) Toute dépense à faire sur les fonds prélevés en application du paragraphe (1) doit l'être sous l'autorité d'un règlement administratif pris par le conseil de la bande.

**85.1** (1) Sous réserve du paragraphe (2), le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs en vue:

a) d'interdire la vente, le troc, la fourniture ou la fabrication de boissons alcoolisées sur la réserve de la bande;

b) d'interdire à toute personne d'être en état d'ivresse sur la réserve;

c) d'interdire à toute personne d'avoir en sa possession des boissons alcoolisées sur la réserve;

d) de prévoir des exceptions aux interdictions visées aux alinéas b) ou c).

*Rules of the Supreme Court of Canada,*  
SOR/83-74

32. (1) Within 60 days after the filing of a notice of appeal, a party to an appeal who intends to raise a constitutional question shall apply to the Chief Justice or a judge to have the constitutional question stated, where the appeal raises a question of

- (a) the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder;
- (b) the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder; or
- (c) the constitutional validity or the constitutional applicability of a common law rule.

(4) The Chief Justice or a judge may state the question and direct service of the question on the Attorney General of Canada and the attorneys general of all the provinces and the ministers of justice of the governments of the territories within the time fixed by the Chief Justice or judge, together with notice that any of them who intends to intervene, whether or not the attorney general or minister of justice wishes to be heard, shall, within a time fixed in the notice that is not less than four weeks after the date of the notice, file a notice of intervention in Form C and serve that notice upon the parties.

### III. Judgments

A. *Federal Court — Trial Division*, [1994] 1 F.C. 394

32

The only defendant represented at trial was Her Majesty the Queen: the Batchewana Band took no part in the trial. Strayer J. (as he then was) reviewed the history of the Batchewana Band's land holdings, and the structure of the *Indian Act* provisions setting out a band council's powers. He then considered the test for s. 15(1) set out by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. He held that the denial of the vote to non-residents of the Batchewana Band had a negative impact on those not ordinarily resident on the reserve. He noted the historical difficulties of the band in maintaining an

*Règles de la Cour suprême du Canada,*  
DORS/83-74

32. (1) Dans les 60 jours suivant le dépôt de l'avis d'appel, la partie qui entend soulever une question constitutionnelle doit s'adresser au Juge en chef, ou à un autre juge, pour que soit formulée la question constitutionnelle lorsque:

- a) la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale ou de l'un de leurs règlements d'application est contestée;
- b) le caractère inopérant d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale ou de l'un de leurs règlements d'application est plaidé.
- c) la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une règle de common law est contestée.

(4) Le Juge en chef, ou un autre juge, peut formuler la question et en ordonner la signification, dans le délai qu'il fixe, au procureur général du Canada, aux procureurs généraux de toutes les provinces et aux ministres de la Justice des gouvernements des territoires, avec avis que ceux qui veulent intervenir — qu'ils aient ou non l'intention de plaider — doivent déposer dans le délai précisé dans l'avis, non inférieur à quatre semaines suivant la date de l'avis, un avis d'intervention conforme à la formule C et signifier cet avis aux parties.

### III. Les jugements antérieurs

A. *Cour fédérale — Section de première instance*, [1994] 1 C.F. 394

Le seul défendeur représenté au procès était Sa Majesté la Reine; la bande de Batchewana n'a pas participé au procès. Le juge Strayer (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale) a fait l'historique de l'assise territoriale de la bande de Batchewana et analysé l'organisation des dispositions de la *Loi sur les Indiens* énonçant les pouvoirs des conseils de bande. Il a ensuite examiné le test établi par notre Cour à l'égard du par. 15(1) dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Il a conclu que le refus d'accorder le droit de vote aux membres non résidents de la bande de Batchewana avait des

adequate land base, and therefore the inability of many of those who wished to live on the reserve to do so. He also noted that many of the band members who live off-reserve were restored to band membership because of Bill C-31. He emphasized that such people were mostly women, or the children of women who had been denied Indian status for marrying non-Indian men, and that others had lost their status for race-based reasons, having decided to enfranchise and exercise the full rights of a Canadian citizen. Strayer J. concluded that those not ordinarily resident on the Batchewana reserves therefore fell under an analogous ground.

He then examined the nature and purpose of the legislation, and held that he was required to determine whether it made distinctions based on irrelevant personal differences. He observed that certain of the powers of the band council relate purely to the administration of the reserve: for example, those powers enumerated in s. 81(1) of the *Indian Act*. He held that the evidence showed that most of the operational funding provided by the government and spent by the band council relates to local purposes, although he acknowledged that in certain aspects the disbursement of these funds affects non-residents. He found that for the powers of the band council that relate to the governance of the territory of the reserve, residency is an appropriate way to determine the right to vote.

He noted, however, that the voting restrictions in s. 77(1) also affect other decisions that do not relate only to the interests of reserve residents, but rather to the use and disposition of communal property. He held that for such matters, residency

répercussions négatives sur ceux qui ne résident pas ordinairement dans la réserve. Il a souligné les difficultés que la bande avait éprouvées dans le passé pour maintenir une assise territoriale suffisante et, de ce fait, l'impossibilité pour bon nombre de ceux qui voulaient vivre dans la réserve de s'y installer. Il a également fait remarquer que de nombreux membres de la bande vivant hors des réserves avaient recouvré leur droit d'appartenir à la bande grâce au projet de loi C-31. Il a souligné que ces personnes étaient surtout des femmes ou des enfants de femmes qui avaient perdu leur statut d'Indienne parce qu'elles avaient épousé des hommes non Indiens, ou encore des personnes qui avaient perdu leur statut pour des raisons fondées sur la race, parce qu'elles avaient décidé de s'émanciper et d'exercer leurs pleins droits de citoyens canadiens. Le juge Strayer a conclu que les personnes ne résidant pas ordinairement dans les réserves de la bande de Batchewana étaient visées par un motif analogue.

Il a ensuite examiné la nature et l'objectif de la mesure législative en cause et statué qu'il devait décider si celle-ci créait des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles non pertinentes. Il a souligné que certains des pouvoirs dont le conseil de bande est investi, par exemple ceux énumérés au par. 81(1) de la *Loi sur les Indiens*, se rapportent uniquement à l'administration de la réserve. Il a conclu qu'il ressortait de la preuve que la plus grande partie du budget de fonctionnement accordé par le gouvernement à la bande et dépensé par cette dernière est affectée à des objets locaux, reconnaissant toutefois que certaines de ces dépenses ont des répercussions sur les membres non résidents. En ce qui concerne les pouvoirs du conseil de bande se rapportant à l'administration du territoire de la réserve, il a conclu que l'application de la condition relative au lieu de résidence est une façon appropriée de déterminer qui a le droit de voter.

Il a toutefois fait remarquer que les restrictions au droit de vote prévues par le par. 77(1) touchent également d'autres décisions, qui ne concernent pas uniquement les intérêts des résidents de la réserve, par exemple celles portant sur l'usage et

33

34

is an irrelevant personal characteristic. He identified three provisions, in particular, where all band members' interests are implicated and which are affected by s. 77(1): votes to surrender reserve lands under s. 39(1)(b), and the powers of the band council under ss. 64(1) and 66(1). In short, Strayer J. concluded that as it related to the disposition of reserve lands or Indian monies held for the band as a whole, the definition in s. 77(1) violated s. 15(1), but for functions relating solely to governance of the reserve territory, s. 15(1) was not violated.

l'aliénation des biens de la communauté. Il a estimé que, pour ce qui est de ces questions, le lieu de résidence est une caractéristique personnelle non pertinente. Il a mentionné trois dispositions en particulier qui ont des répercussions sur les intérêts de l'ensemble des membres de la bande et qui sont touchées par l'application du par. 77(1): les votes sur la cession de terres de la réserve tenus en application de l'al. 39(1)(b), et les pouvoirs conférés au conseil de bande par les par. 64(1) et 66(1). Bref, le juge Strayer a conclu que, dans la mesure où elle concerne la façon de disposer des terres de la réserve ou de sommes d'argent des Indiens détenues au profit de l'ensemble de la bande, la définition donnée au par. 77(1) porte atteinte au par. 15(1), mais que, relativement aux fonctions se rapportant uniquement à l'administration du territoire de la réserve, il n'y avait pas de violation du par. 15(1).

35 Strayer J. then turned to justification under s. 1. He held that for the functions affecting all band members, there was no appropriate justification advanced as to why only certain band members should have control over the property belonging to all band members. He found that, given his finding that s. 15(1) was infringed, it was not necessary to consider the respondents' claim under s. 2(d), freedom of association.

Le juge Strayer a ensuite abordé la question de la justification au regard de l'article premier. Il a estimé que, en ce qui a trait aux fonctions touchant l'ensemble des membres de la bande, aucune justification appropriée n'avait été présentée afin d'expliquer pourquoi seuls certains membres de la bande devraient jouir d'un droit de regard sur les biens qui appartiennent à l'ensemble des membres. Il a statué que, comme il avait conclu à la violation du par. 15(1), il n'était pas nécessaire d'examiner l'argument des intimés fondé sur l'al. 2d), la liberté d'association.

36 Strayer J. issued a declaration that s. 77(1) violates s. 15(1) of the *Charter*, "insofar as it has the effect of preventing members of the Batchewana Indian Band who are not ordinarily resident on any of that band's reserves from participating in the giving or refusal of assent of the band pursuant to paragraph 39(1)(b) of that Act or from being represented by persons for whom they have an opportunity to vote in the giving of consent on behalf of the band to the expenditure of Indian moneys under subsections 64(1) and 66(1) of the *Indian Act*", and suspended the order until July 1, 1994. In his reasons, he noted that the declaration was confined to the Batchewana Band because the pleadings and the evidence related only to that band. He

Le juge Strayer a prononcé un jugement déclaratoire portant que le par. 77(1) contrevient au par. 15(1) de la *Charte*, «dans la mesure où il a pour effet d'empêcher les membres de la bande Indienne de Batchewana qui ne résident pas ordinairement sur l'une des réserves de la bande de participer à l'octroi ou au refus de la sanction de la bande exigée à l'alinéa 39(1)b) de la Loi, ou d'être représentés par ceux pour qui ils ont l'occasion de voter lorsqu'est donné au nom de la bande le consentement à la dépense de l'argent des Indiens sous le régime des paragraphes 64(1) et 66(1) de la *Loi sur les Indiens*», et il a suspendu la prise d'effet de l'ordonnance jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994. Dans ses motifs, il a souligné que l'application du jugement

also noted that though he had described the effects of the legislation which were impermissible, the declaration was for the invalidity of s. 77(1) in its entirety.

**B. Federal Court of Appeal, [1997] 1 F.C. 689**

The judgment of the Court of Appeal panel consisting of Stone, Linden, and McDonald J.J.A. was delivered by the court. The court first considered arguments of the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council that the right to control a band's own membership and the incidents of that membership, including voting rights, constituted an Aboriginal right guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The court noted that under the test for Aboriginal rights as set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, this determination depends on the particular Aboriginal community claiming the right, and also requires evidence that a practice was integral to the distinctive culture of the Aboriginal community before the time of contact with Europeans. The court found that there was no evidence in the record that would demonstrate that the Batchewana Band had a s. 35 Aboriginal right to exclude certain members from voting, since elections for the band had only been held since 1902. The court then addressed the possibility that s. 25 of the *Charter* might affect the s. 15 analysis. It held that since no s. 35 right was involved, and since the *Indian Act* system of elections could not be considered one of the "other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada", s. 25 was not triggered.

The court then turned to the analysis under s. 15(1). It held that the denial of the vote to off-reserve band members constituted a denial of a benefit, since the right to vote is central to having a voice in the democratic governance of the band of which they are members. The court stated that the benefit which was denied related not only to the

déclaratoire se limitait à la bande de Batchewana, étant donné que les actes de procédure et la preuve présentés ne concernaient que celle-ci. Il a aussi indiqué que, bien qu'il ait décrit les effets de la mesure législative qui étaient inacceptables, la déclaration d'invalidité visait le par. 77(1) dans sa totalité.

**B. Cour d'appel fédérale, [1997] 1 C.F. 689**

Le jugement des membres de la Cour d'appel fédérale qui ont entendu l'affaire, en l'occurrence les juges Stone, Linden et McDonald, a été rendu par la cour. Celle-ci a d'abord étudié les arguments de l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council selon lesquels le droit de la bande de décider qui peut être membre et profiter des avantages se rattachant à cette qualité, notamment le droit de vote, est un droit ancestral garanti par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour d'appel fédérale a souligné que, selon le critère applicable à l'égard des droits ancestraux énoncé dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, l'existence d'un tel droit dépend de la communauté autochtone qui revendique le droit et exige la preuve qu'une pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de cette communauté avant le contact avec les Européens. La cour a jugé qu'il n'y avait au dossier aucun élément de preuve démontrant que la bande de Batchewana possédait le droit ancestral, au sens de l'art. 35, de refuser le droit de vote à certains de ses membres, puisqu'elle ne tenait des élections que depuis 1902. La cour a ensuite examiné la possibilité que l'art. 25 de la *Charte* puisse jouer un rôle dans l'analyse fondée sur l'art. 15. Elle a statué que, comme aucun droit garanti par l'art. 35 n'était en cause et que le régime électoral établi par la *Loi sur les Indiens* ne pouvait pas être considéré comme l'un des «autres» droits ou libertés des peuples autochtones du Canada, l'art. 25 ne s'appliquait pas.

La cour a ensuite entrepris l'analyse fondée sur le par. 15(1). Elle a jugé que le refus d'accorder le droit de vote aux membres hors réserve constituait le déni d'un avantage, parce que ce droit est un élément central de la capacité de participer au gouvernement démocratique de la bande à laquelle ils appartiennent. La cour a indiqué que l'avantage

powers specified in Strayer J.'s judgment, but also to the other powers of the band council: to make by-laws under s. 81(1) of the *Indian Act*. It noted that many of the council's s. 81(1) powers could affect both on-reserve and off-reserve band members.

ainsi refusé se rapportait non seulement aux pouvoirs spécifiés dans le jugement du juge Strayer, mais également aux autres pouvoirs du conseil de bande découlant du pouvoir de faire des règlements administratifs en vertu du par. 81(1) de la *Loi sur les Indiens*. Elle a souligné que bon nombre des pouvoirs conférés au conseil par le par. 81(1) pouvaient avoir des répercussions tant sur les membres de la bande habitant les réserves que sur ceux vivant hors réserve.

39

The court examined whether the denial of this benefit was discriminatory. It began with an examination of whether non-residency on a reserve could constitute an analogous ground. The court noted that the question of whether an analogous ground exists is a contextual one, which must be determined by examining whether distinctions on that ground could affect the human dignity of the claimant. It held that a stereotype had been attached to those living off-reserve, since many had characterized them as being unworthy of trust in using their electoral power for the benefit of the band. The court emphasized that many in this group had suffered from historical disadvantage, because large numbers of them were deprived of band membership because of discriminatory legislation that was later remedied by Bill C-31. Finally, it held that off-reserve band members are generally politically powerless. Based on these factors, it determined that an analogous ground was at issue. The court also concluded that the distinction was discriminatory, since it engaged the purpose of s. 15(1). It stressed that the distinction was discriminatory in relation to all powers of the band, not only those not related to the governance of the reserve territory.

La cour a examiné la question de savoir si le déni de cet avantage était discriminatoire. Elle s'est d'abord demandée si la non-résidence dans une réserve constituait un motif analogue. Elle a fait remarquer que l'existence d'un motif analogue est une question contextuelle, qu'il faut trancher en se demandant si les distinctions fondées sur ce motif peuvent porter atteinte à la dignité de la personne qui invoque la *Charte*. La cour a jugé qu'un stéréotype avait été attribué aux personnes vivant hors réserve, car bien des gens considéraient qu'on ne pouvait leur faire confiance pour utiliser leur pouvoir électoral dans l'intérêt de la bande. La cour a souligné que de nombreuses personnes appartenant à ce groupe avaient souffert d'un désavantage historique, étant donné que bon nombre d'entre elles avaient été exclues de la bande en raison de dispositions législatives discriminatoires auxquelles le projet de loi C-31 a remédié. Finalement, elle a jugé que les membres hors réserve de la bande sont généralement sans pouvoir politique. À la lumière de ces facteurs, elle a conclu à l'existence d'un motif analogue. La cour a également conclu que la distinction était discriminatoire puisqu'elle contrevenait à l'objectif du par. 15(1). Elle a précisé que la distinction était discriminatoire relativement à l'ensemble des pouvoirs de la bande, et non seulement à l'égard de ceux qui ne se rapportent pas à l'administration du territoire de la réserve.

40

The court held that the legislation was not justified under s. 1. It concluded that the goal of the legislation is "to establish a voting regime in which all those who are affected by the outcome of the vote are entitled to participate" (para. 59). The court decided that there was no rational connection

La Cour d'appel fédérale a statué que la disposition législative en cause n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Elle a conclu que la disposition avait pour objectif «d'instaurer un régime électoral auquel tous ceux qui sont touchés par l'issue du scrutin ont le droit de participer»

between the legislation and this objective, since non-resident members are bound by the decisions of the chief and council, in relation to all the council's powers.

The court determined that the appropriate remedy in this case was a constitutional exemption. It held that this was appropriate "[i]n the unusual and special circumstances of this case" (para. 76). This order was warranted, the court decided, because other bands might be able to demonstrate an Aboriginal right under s. 35 to exclude non-residents from voting. If a s. 35 Aboriginal right were demonstrated, the court suggested, the interaction of s. 25 with s. 15(1) would mean that the analysis would proceed differently. It also noted that in the context of other bands, more justificatory evidence under s. 1 might be presented. Concluding that Aboriginal rights should be determined on a case-by-case basis, it found that the exemption should be granted under the court's powers under s. 24(1) of the *Charter*. The court determined that the declaration of invalidity would not be suspended.

By order of Stone J.A., the judgment of the Court of Appeal was stayed pending a decision by this Court on leave to appeal: (1996), 206 N.R. 122. By order of Gonthier J. on November 24, 1998, a further stay was granted until judgment was rendered by this Court.

#### IV. Issues

Two constitutional questions have been stated in this appeal:

1. Do the words "and is ordinarily resident on the reserve" contained in s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with respect only to members of the Batchewana Indian Band?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 77(1) of the *Indian Act* a reasonable limit on the

(par. 59). La cour a décidé qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre la disposition et cet objectif, puisque les membres non résidents sont liés par les décisions du chef et du conseil, et ce relativement à tous les pouvoirs du conseil.

La Cour d'appel fédérale a jugé que la réparation convenable était une exemption constitutionnelle, «[c]ompte tenu des circonstances inusitées et spéciales de la présente affaire» (par. 76). Cette ordonnance était justifiée, selon la cour, parce que d'autres bandes pourraient réussir à établir l'existence d'un droit ancestral visé à l'art. 35 leur permettant d'interdire aux membres non résidents de voter. Si l'existence d'un droit ancestral visé à l'art. 35 était établie, d'indiquer la cour, l'interaction de l'art. 25 et du par. 15(1) aurait pour effet de modifier l'analyse. Elle a aussi fait remarquer que, dans le contexte d'autres bandes, une preuve plus abondante tendant à justifier la restriction au regard de l'article premier pourrait être présentée. Concluant que les droits ancestraux doivent faire l'objet d'une évaluation au cas par cas, elle a statué qu'il y avait lieu d'accorder l'exemption en vertu des pouvoirs que lui confère le par. 24(1) de la *Charte*. La cour a décidé de ne pas suspendre la prise d'effet de la déclaration d'invalidité.

Sur ordonnance du juge Stone, il a été sursis à l'exécution du jugement de la Cour d'appel en attendant la décision de notre Cour sur la demande d'autorisation de pourvoi: (1996), 206 N.R. 122. Sur ordonnance du juge Gonthier datée du 24 novembre 1998, un sursis supplémentaire a été accordé jusqu'à ce que notre Cour statue sur l'affaire.

#### IV. Les questions en litige

Deux questions constitutionnelles ont été formulées dans le présent pourvoi:

1. Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* restreint-il dans

41

42

43

rights of members of the Batchewana Indian Band, and so not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

des limites raisonnables les droits des membres de la bande Indienne de Batchewana, de telle façon qu'il n'est pas incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

44

Five principal issues must be determined:

- (1) the approach to be taken to the s. 15 analysis in this case, given that the legislation was alleged to violate the *Charter* only in the circumstances of the Batchewana Band;
- (2) the effect of s. 25 of the *Charter* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982* on the s. 15(1) analysis in this case;
- (3) whether the impugned legislation violates s. 15(1);
- (4) if s. 15(1) is infringed, whether it is justified under s. 1 of the *Charter*;
- (5) if necessary, the appropriate remedy.

#### V. Analysis

##### A. *Should the Section 15 Analysis Focus Only on the Batchewana Band?*

45

A preliminary question is whether the s. 15(1) analysis should focus on the Batchewana Band in particular, or on the legislation as it applies in general, to all bands affected by s. 77(1). At trial, the focus was on the particular situation of the Batchewana Band, since the respondents asked only for a constitutional exemption applying to their band.

Cinq questions principales doivent être tranchées:

- (1) Quelle approche doit-être suivie dans l'analyse fondée sur l'art. 15 en l'espèce, étant donné que l'on plaide que la disposition législative contestée ne viole la *Charte* que dans les circonstances propres à la bande de Batchewana?
- (2) Quel est l'effet de l'art. 25 de la *Charte* et de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur l'analyse fondée sur le par. 15(1) dans la présente affaire?
- (3) La disposition législative contestée viole-t-elle le par. 15(1)?
- (4) S'il y a violation du par. 15(1), cette violation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?
- (5) Au besoin, quelle est la réparation convenable?

#### V. L'analyse

##### A. *L'analyse fondée sur l'art. 15 devrait-elle porter uniquement sur la situation de la bande de Batchewana?*

La question préliminaire suivante se pose: L'analyse fondée sur le par. 15(1) devrait-elle porter sur la situation de la bande de Batchewana en particulier, ou sur la disposition législative dans son application générale, c'est-à-dire à toutes les bandes visées par le par. 77(1)? En première instance, l'analyse s'est attachée à la situation particulière de la bande de Batchewana, puisque les intimés sollicitaient une exemption constitutionnelle s'appliquant uniquement à leur bande.

46

However, examining only the circumstances of the Batchewana Band in the s. 15(1) analysis would be to presume that the appropriate remedy is a constitutional exemption. As the guardians of the rights in the *Charter*, it is courts' duty to ensure that a remedy is given that is commensurate with the extent of the violation that has been found, and

Toutefois, le fait de limiter l'examen à la situation de la bande de Batchewana dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1) reviendrait à présumer que la réparation convenable est l'exemption constitutionnelle. En leur qualité de gardiens des droits garantis par la *Charte*, les tribunaux ont l'obligation de veiller à ce que la réparation

to determine the appropriate remedy. Before considering any question of constitutional exemption, therefore, the general application of the legislation, and the available evidence relating to that general application, should be examined. Only if there is no evidence of general invalidity will it be necessary to consider the specific circumstances of the Batchewana Band and, therefore, the doctrine of constitutional exemption.

The appellants argue that such an analysis would be improper because of the manner in which this case was presented at trial, which addressed specifically the circumstances of the Batchewana Band. However, the plaintiffs' statement of claim, in its allegations relating to the equality claim, alleged discrimination on the face of the legislation, and did not relate this only to the particular context of the Batchewana Band. Therefore, discrimination in s. 77(1) as it applies generally has been at issue since the beginning of these proceedings. Issues surrounding the question of the constitutionality of the legislation as it applies generally have been addressed by the parties and by the interveners in their submissions before this Court, and a general analysis was conducted by the Court of Appeal in its decision. Therefore, an analysis of the constitutionality of the law in its general application will not take any parties by surprise.

The constitutional questions, as formulated, address only the situation of the members of the Batchewana Band. It must therefore be determined whether considering the application of the legislation in a general sense and the possibility of a remedy other than constitutional exemption is foreclosed by the formulation of the constitutional questions. When the constitutional validity or applicability of legislation is challenged, a constitutional question must be stated by the Chief Justice or a judge of this Court, pursuant to Rule 32(1) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, though the parties are "generally left

accordée soit proportionnée à l'atteinte constatée, et de déterminer la réparation convenable. Par conséquent, avant d'aborder la question de l'exemption constitutionnelle, il faut examiner l'application générale de la disposition législative en cause, ainsi que la preuve disponible à cet égard. Ce n'est qu'en l'absence de preuve d'invalidité générale qu'il sera nécessaire de prendre en considération la situation particulière de la bande de Batchewana et, par conséquent, la doctrine de l'exemption constitutionnelle.

Les appelantes soutiennent qu'il serait inopportun de faire une telle analyse en raison de la manière dont la présente affaire a été plaidée en première instance, où l'on s'est attaché spécifiquement à la situation de la bande de Batchewana. Toutefois, parmi les allégations contenues dans leur déclaration concernant les droits à l'égalité, les demandeurs ont plaidé la discrimination ressortant du texte de loi lui-même et ils n'ont pas rattaché cette prétention à la situation particulière de la bande de Batchewana. Par conséquent, la question de la discrimination découlant de l'application générale du par. 77(1) est en litige depuis le tout début de la présente affaire. Les parties et les intervenants ont traité des aspects connexes de la question de la constitutionnalité du texte de loi dans son application générale dans les mémoires qu'ils ont présentés à notre Cour, et la Cour d'appel a procédé à une analyse générale dans sa décision. En conséquence, les parties ne seront pas prises au dépourvu par l'analyse de la constitutionnalité de la loi dans son application générale.

Les questions constitutionnelles, telles qu'elles ont été formulées, ne visent que la situation des membres de la bande de Batchewana. Il faut donc se demander si la formulation des questions constitutionnelles fait obstacle à l'examen de l'application de la mesure législative en général et à la possibilité d'une réparation différente de l'exemption constitutionnelle. En cas de contestation de la validité ou de l'applicabilité constitutionnelle d'une mesure législative, une question constitutionnelle doit être formulée par le Juge en chef ou un autre juge de notre Cour, conformément au par. 32(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada*,

wide latitude” in formulating the questions which will be stated: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 71. However, this Court has held that it is not bound by the precise wording of the constitutional question. For example, in *Bisaillon* at p. 72, this Court reworded one of the stated constitutional questions to make it more narrow. In *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, the parties were unable to agree on the provisions implicated by a constitutional challenge and therefore all of the affected provisions were not included in the constitutional questions. In its formal judgment, reported at [1997] 3 S.C.R. 389, the Court subsequently made an order affecting the constitutional applicability of several sections of the challenged legislation not included in the constitutional question as stated.

DORS/83-74, quoiqu’«[u]ne grande latitude [soit] généralement laissée» aux parties dans la formulation des questions constitutionnelles: *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 71. Toutefois, notre Cour a statué qu’elle n’est pas liée par le texte précis d’une question constitutionnelle. Par exemple, dans l’arrêt *Bisaillon*, à la p. 72, la Cour a reformulé une des questions constitutionnelles pour en restreindre la portée. Dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, comme les parties étaient incapables de s’entendre sur l’identité des dispositions visées par le litige constitutionnel, les diverses dispositions en cause n’avaient pas toutes été mentionnées dans les questions constitutionnelles. Dans son jugement formel, publié à [1997] 3 R.C.S. 389, la Cour a rendu subséquemment une ordonnance concernant l’applicabilité de plusieurs dispositions des textes de loi contestés qui n’avaient pas été mentionnées dans les questions constitutionnelles formulées.

49

In B. A. Crane and H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 1998* (1997), at p. 225, the authors note that the purpose of stating constitutional questions is to ensure that the Attorney General of Canada, the attorneys general of the provinces, and the ministers of justice of the territories are made aware of constitutional challenges as required by Rule 32(4), so that they may decide whether or not to exercise their right to intervene. I agree with this characterization of the purpose of the provision, and would add that it also constitutes a signal to the parties and other potential interveners about the constitutional issues being addressed. In my opinion, the jurisdiction of the Court to restate constitutional questions, or make a declaration of invalidity broader than that contained within them, is appropriately exercised when doing so does not, in substance, deprive attorneys general of their right to notice of the fact that the constitutionality of a given legislative provision is at issue in this Court, or deprive those who have a stake in the outcome of the opportunity to argue the substantive issues relating to this question.

Dans B. A. Crane et H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 1998* (1997), à la p. 225, les auteurs soulignent que la formulation de questions constitutionnelles a pour objet de faire en sorte que le procureur général du Canada, les procureurs généraux des provinces et les ministres de la justice des gouvernements des territoires soient avisés, comme l’exige le par. 32(4) des Règles, de l’existence d’un litige constitutionnel, de façon à pouvoir décider s’ils vont exercer ou non leur droit d’intervenir. Je souscris à cette description de l’objet de cette disposition, et j’ajouterais qu’elle constitue également un moyen de signaler aux parties et à d’éventuels intervenants les questions constitutionnelles qui seront examinées. À mon avis, la Cour exerce de façon appropriée son pouvoir de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d’invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions lorsque, ce faisant, elle ne prive pas les procureurs généraux de leur droit d’être avisés du fait que la constitutionnalité d’une disposition législative donnée est contestée devant notre Cour, et elle ne prive pas ceux qui sont concernés par l’issue du litige de la possibilité de se faire entendre sur les questions de fond se rapportant à cette question.

Here, the constitutional question that was served on the appropriate parties pursuant to Rule 32, though it did contain the words “with respect only to members of the Batchewana Indian Band”, constituted notice to all attorneys general that the constitutional validity of the residency requirement for voting contained in the *Indian Act* was at issue. The remedy preferred by the federal Crown in this case, if there is to be one, is for a general declaration to be made rather than a constitutional exemption, and this was argued in its factum and oral argument. As emphasized above, the issues relating to the general application of s. 77(1) were argued and discussed before us and in the Federal Court of Appeal by the parties and by interveners. Despite the wording of the question, it was clear that this Court, when analysing the situation of the Batchewana Band, might set down principles that would apply to other bands. I do not believe, therefore, that any substantive prejudice has been caused to attorneys general or anyone else by the wording of the question, or that they would reasonably have made a different decision about exercising their right to intervene. In the circumstances, therefore, I will restate the constitutional questions as follows:

1. Do the words “and is ordinarily resident on the reserve” contained in s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either generally or with respect only to members of the Batchewana Indian Band?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 77(1) of the *Indian Act* demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### B. Sections 25 and 35

The effects of s. 25 of the *Charter* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, are raised by the intervenor the Lesser Slave Lake Indian Regional Council (the “Council”), but this issue was not addressed by either of the appellants or by the

En l'espèce, la question constitutionnelle qui a été signifiée aux parties visées, conformément à l'art. 32 de Règles, quoique comportant les mots «mais uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana», constituait un avis à tous les procureurs généraux que la validité constitutionnelle de la condition relative au lieu de résidence prévue par la *Loi sur les Indiens* pour l'exercice du droit de vote était en litige. La réparation que préconise le gouvernement fédéral en l'espèce, si une réparation doit être accordée, est une déclaration générale plutôt qu'une exemption constitutionnelle, et il a fait état de cette préférence tant dans son mémoire que dans ses plaidoiries. Comme je l'ai souligné plus tôt, les divers aspects de la question de l'application générale du par. 77(1) ont été plaidés et débattus devant nous et devant la Cour d'appel fédérale par les parties et les intervenants. Malgré le texte de la question, il était évident que notre Cour, dans l'analyse de la situation de la bande de Batchewana, pourrait établir des principes qui s'appliqueraient à d'autres bandes. Par conséquent, je ne crois pas que les procureurs généraux ou quelque autre intéressé aient subi un préjudice concret en raison du texte de la question, ou qu'ils auraient raisonnablement pris une décision différente en ce qui concerne leur droit d'intervenir. Dans les circonstances, je reformule donc ainsi les questions constitutionnelles:

1. Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit de façon générale, soit uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est-il une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### B. Les articles 25 et 35

La question des effets des art. 25 de la *Charte* et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été soulevée par l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council (le «Conseil»), mais n'a pas été abordée par les appelantes ni par les intimés. Le

respondents. The Council argues that the restriction of voting rights to those who are ordinarily resident on the reserve constitutes a codification of Aboriginal or treaty rights under s. 35, or falls under the “other rights or freedoms” protected under s. 25, and that, therefore, s. 25 requires that s. 15 be interpreted so as not to abrogate or derogate from those rights in any way. It suggests that for this reason the impugned provisions are shielded from review. In contrast, the intervener the Native Women’s Association of Canada argues that s. 25 guides the interpretation of other *Charter* rights so that the rights of Aboriginal peoples cannot be challenged by non-Aboriginal people, but it does not shield Aboriginal rights from challenge by members of the Aboriginal community.

Conseil soutient que la restriction du droit de vote aux personnes qui résident ordinairement dans la réserve constitue la codification d’un droit — ancestral ou issus de traité — visé à l’art. 35 ou d’«autres» droits ou libertés protégés par l’art. 25, et que, par conséquent, l’art. 25 interdit toute interprétation de l’art. 15 qui entraînerait une atteinte à ces droits. Le Conseil prétend que, pour cette raison, les dispositions attaquées sont soustraites à l’examen. Par contraste, l’intervenante l’Association des femmes autochtones du Canada plaide que l’art. 25 sert de guide dans l’interprétation des autres droits garantis par la *Charte*, de façon à ce que les droits des peuples autochtones ne puissent être contestés par des non-autochtones, ce qui ne les met toutefois pas à l’abri de contestations par des membres de la communauté autochtone.

52

The arguments of the Council do not, in my opinion, indicate that the relief requested by the respondents could “abrogate or derogate” from the rights included in s. 25. Section 25 is triggered when s. 35 Aboriginal or treaty rights are in question, or when the relief requested under a *Charter* challenge could abrogate or derogate from “other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada”. This latter phrase indicates that the rights included in s. 25 are broader than those in s. 35, and may include statutory rights. However, the fact that legislation relates to Aboriginal people cannot alone bring it within the scope of the “other rights or freedoms” included in s. 25. The Council argues that s. 77(1) protects or recognizes rights guaranteed by s. 35 including Aboriginal title, treaty rights, and Aboriginal rights of self-government. It also alleges that s. 77(1) is a statutory right that protects bands’ self-determination and self-government. The Council’s arguments relating to s. 25 rest, in large part, on the assertion that Bill C-31 violates Aboriginal and treaty rights, a matter which is not before this Court and in relation to which no evidence has been presented. In my opinion,

Les arguments du Conseil n’indiquent pas, à mon avis, que la réparation sollicitée par les intimés pourrait «porter atteinte» aux droits visés à l’art. 25. Cet article s’applique lorsque des droits ancestraux ou issus de traités garantis par l’art. 35 sont en litige, ou quand la réparation demandée dans le cadre d’une contestation fondée sur la *Charte* pourrait porter atteinte à d’«autres» droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Ce passage montre que les droits visés à l’art. 25 sont plus étendus que ceux visés à l’art. 35, et qu’il peut s’agir de droits d’origine législative. Cependant, le seul fait qu’une mesure législative concerne les autochtones ne la fait pas entrer dans le champ d’application des «autres» droits ou libertés visés à l’art. 25. Le Conseil soutient que le par. 77(1) protège ou reconnaît des droits garantis par l’art. 35, notamment le titre aborigène, les droits issus de traités ainsi que les droits ancestraux à l’autonomie gouvernementale. Il affirme également que le par. 77(1) crée en faveur des bandes un droit d’origine législative à l’autodétermination et à l’autonomie gouvernementale. Les arguments du Conseil en ce qui concerne l’art. 25 reposent en grande partie sur la thèse que le projet de loi C-31 contrevient à des droits ancestraux et issus de traités, question dont notre Cour n’est pas saisie et à l’égard de laquelle aucun élément de preuve n’a été présenté. En conséquence, je suis d’avis que les observations

therefore, the submissions of the Council do not show that s. 25 is triggered in this case.

Because it has not been shown to apply, and argument on this question was extremely limited, it would be inappropriate to articulate, in this case, a general approach to s. 25. In particular, I will not decide how the words “shall not be construed so as to abrogate or derogate” affect the analysis under other *Charter* provisions when the section is triggered, or whether s. 25 “shields” the rights it includes from the application of the *Charter*. I also find it unnecessary to decide the scope of the “other rights or freedoms” protected by the section. These questions will be determined when the issues directly arise and the Court has heard full argument on them.

I emphasize, however, that as I will discuss below, the contextual approach to s. 15 requires that the equality analysis of provisions relating to Aboriginal people must always proceed with consideration of and respect for Aboriginal heritage and distinctiveness, recognition of Aboriginal and treaty rights, and with emphasis on the importance for Aboriginal Canadians of their values and history.

### C. Section 15(1) Analysis

#### (1) The Section 15(1) Framework

In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, Iacobucci J. discussed the framework within which s. 15(1) analysis must be carried out. As set out in para. 88 of *Law*, an inquiry into whether legislation violates s. 15(1) involves three broad inquiries:

- (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantially differential treatment between the

du Conseil n'établissent pas que l'art. 25 s'applique dans la présente affaire.

Étant donné qu'on n'a pas fait la preuve de l'application de l'art. 25 et que l'argumentation sur cette question a été extrêmement limitée, il ne conviendrait pas d'énoncer, en l'espèce, une approche générale à l'égard de l'art. 25. En particulier, je ne me prononcerai pas sur l'incidence des mots «ne porte pas atteinte» sur l'analyse effectuée en vertu d'autres dispositions de la *Charte* lorsque l'art. 25 s'applique, ou sur la question de savoir si cet article «protège» les droits qu'il vise contre l'application de la *Charte*. J'estime également qu'il n'est pas nécessaire de statuer sur la portée des «autres» droits ou libertés protégés par cet article. Ces questions seront tranchées lorsqu'elles seront directement soulevées et que notre Cour aura eu l'avantage d'arguments exhaustifs à leur sujet.

Toutefois, je dois souligner, et c'est une question dont je vais traiter plus loin, que l'approche contextuelle applicable à l'égard de l'art. 15 commande que l'analyse du caractère égalitaire des dispositions se rapportant aux Autochtones prenne en compte et respecte le patrimoine et la spécificité autochtones, ainsi que la reconnaissance des droits ancestraux et issus de traités, et mette l'accent sur l'importance qu'ont pour les Canadiens d'origine autochtone, leurs valeurs et leur histoire.

### C. L'analyse fondée sur le par. 15(1)

#### (1) Le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1)

Dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le juge Iacobucci a examiné le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1). Comme on le précise au par. 88 de l'arrêt *Law*, pour déterminer si une loi contrevient au par. 15(1), il faut répondre à trois questions:

- (A) La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi

53

54

55

claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

(B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

(C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect and consideration?

une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

(B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

(C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

56

At all three of these stages, it must be recognized that the focus of the inquiry is purposive and contextual (see, e.g., *Law, supra*, at para. 41). A court considering a discrimination claim must examine the legislative, historical, and social context of the distinction, the reality and experiences of the individuals affected by it, and the purposes of s. 15(1).

### (2) First Stage: Differential Treatment

57

The first stage of inquiry is easily satisfied in the present case. Section 77(1) of the *Indian Act* draws a distinction between band members who live on-reserve and those who live off-reserve, by excluding the latter from the definition of "elector" within the band. This constitutes differential treatment.

### (3) Second Stage: Analogous Grounds

58

The differential treatment in this case is based on the status of holding membership in an *Indian Act* band, but living off that band's reserve. This combination of traits does not fall under one of the enumerated or already recognized analogous grounds. The fundamental consideration at the second stage, if the ground is not enumerated or already recognized as analogous, is whether

À chacune de ces trois étapes, l'examen est axé sur l'objet et sur le contexte (voir, par exemple, l'arrêt *Law*, précité, au par. 41). Le tribunal qui est saisi d'une allégation de discrimination doit examiner le contexte législatif, historique et social de la distinction en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette distinction, ainsi que les objets du par. 15(1).

### (2) Première étape: la différence de traitement

La première étape de l'analyse est aisément franchie en l'espèce. Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* établit une distinction entre les membres des bandes qui vivent dans les réserves et ceux qui vivent en dehors de celles-ci, en excluant ces derniers de la définition d'«électeur» pour les élections de la bande. Cette distinction constitue une différence de traitement.

### (3) Deuxième étape: les motifs analogues

En l'espèce, la différence de traitement est celle à laquelle sont soumises les personnes qui ont la qualité de membres d'une bande au sens de la *Loi sur les Indiens* mais qui vivent en dehors de la réserve de cette bande. Cette combinaison de caractéristiques n'est visée par aucun motif énuméré ou motif analogue déjà reconnu. Si l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif

recognition of the basis of differential treatment as an analogous ground would further the purposes of s. 15(1): *Law, supra*, at para. 93. These purposes are, as stated at para. 51 of *Law*:

[T]o prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The analysis at the analogous grounds stage involves considering whether differential treatment of those defined by that characteristic or combination of traits has the potential to violate human dignity in the sense underlying s. 15(1): *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 171, *per* Cory J. In *Law*, the concept of human dignity as it relates to s. 15(1) was described by Iacobucci J., at para. 53, as follows:

Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological empowerment and integrity. Human dignity is harmed by unfair treatment premised on personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law.

The analogous grounds inquiry, like the other two stages of analysis, must be undertaken in a purposive and contextual manner: *Law, supra*, at para. 41. The “nature and situation of the individ-

analogue déjà reconnu, la considération fondamentale à la deuxième étape est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15(1): *Law, précité*, au par. 93. Ces objets, tels que formulés dans l'arrêt *Law, précité*, au par. 51, se lisent:

[E]mpêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et [...] favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

Dans le cadre de l'analyse à l'étape des motifs analogues, il faut se demander si la différence de traitement à laquelle sont soumises les personnes définies par cette caractéristique ou combinaison de caractéristiques est susceptible de porter atteinte au droit à la dignité humaine qui sous-tend le par. 15(1): *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 171, motifs du juge Cory. Dans l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci a décrit ainsi, au par. 53, le concept de dignité humaine en regard du par. 15(1):

La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée.

Tout comme aux deux autres étapes de l'analyse, l'examen prévu à l'étape des motifs analogues doit être fait en fonction de l'objet et du contexte: *Law, précité*, au par. 41. Il faut également considérer la

ual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of that group" must be considered: *Law, supra*, at para. 93. As stated by Wilson J. in *Andrews, supra*, at p. 152, cited with approval in *Law* at para. 29, the determination of whether a ground qualifies as analogous under s. 15(1):

... is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society. While legislatures must inevitably draw distinctions among the governed, such distinctions should not bring about or reinforce the disadvantage of certain groups and individuals by denying them the rights freely accorded to others.

60

Various contextual factors have been recognized in the case law that may demonstrate that the trait or combination of traits by which the claimants are defined has discriminatory potential. An analogous ground may be shown by the fundamental nature of the characteristic: whether from the perspective of a reasonable person in the position of the claimant, it is important to their identity, personhood, or belonging. The fact that a characteristic is immutable, difficult to change, or changeable only at unacceptable personal cost may also lead to its recognition as an analogous ground: *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 148; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 90. It is also central to the analysis if those defined by the characteristic are lacking in political power, disadvantaged, or vulnerable to becoming disadvantaged or having their interests overlooked: *Andrews, supra*, at p. 152; *Law, supra*, at para. 29. Another indicator is whether the ground is included in federal and provincial human rights codes: *Miron, supra*, at para. 148. Other criteria, of course, may also be considered in subsequent cases, and none of the above indicators are necessary for the recognition

«nature et [...] la situation de la personne ou du groupe en cause et [l]es antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne»: *Law, précité*, au par. 93. Comme l'a affirmé le juge Wilson dans l'arrêt *Andrews, précité*, à la p. 152, propos cités avec approbation dans l'arrêt *Law*, au par. 29, la conclusion qu'un motif peut être qualifié d'analogue pour l'application du par. 15(1):

... ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Bien que les législatures doivent inévitablement établir des distinctions entre les gouvernés, ces distinctions ne devraient pas causer des désavantages à certains groupes ou individus, ni renforcer les désavantages dont ils sont victimes, en les privant des droits consentis librement aux autres.

Les tribunaux ont reconnu divers facteurs contextuels susceptibles d'aider à déterminer si la caractéristique ou la combinaison de caractéristiques qui définit les demandeurs pourrait être source de discrimination. L'existence d'un motif analogue peut ressortir de la nature fondamentale de la caractéristique en cause, en d'autres mots: Est-ce que, considérée du point de vue d'une personne raisonnable dans la situation du demandeur, cette caractéristique est importante pour leur identité, leur personnalité ou leur sentiment d'appartenance. Le fait qu'une caractéristique soit immuable, difficile à changer ou modifiable uniquement à un prix personnel inacceptable peut également entraîner sa reconnaissance comme motif analogue: *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au par. 148; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 90. Un autre élément central de l'analyse est la question de savoir si les personnes définies par la caractéristique sont dépourvues de pouvoir politique, défavorisées ou susceptibles de le devenir ou de voir leurs intérêts négligés: *Andrews, précité*, à la p. 152; *Law, précité*, au par. 29. Un indice supplémentaire est le fait que le motif soit inclus ou non dans les lois fédérales et provinciales sur les droits et libertés de la personne: *Miron, précité*, au par. 148. De plus, d'autres critères pourront évidemment être pris en considération dans des affaires subséquentes, et aucun des indices

of an analogous ground or combination of grounds: *Miron, supra*, at para. 149.

I should also note that if indicia of an analogous ground are not present in general, or among a certain group in Canadian society, they may nevertheless be present in another social or legislative context, within a different group in Canadian society, or in a given geographic area, to give only a few examples. Here, to illustrate, the nature of the decisions band members make about whether to live on or off a reserve are different from those made by many other Canadians in relation to their place of residence. So are other factors related to the analogous grounds analysis that still affect them. The second stage must therefore be flexible enough to adapt to stereotyping, prejudice, or denials of human dignity and worth that might occur in specific ways for specific groups of people, to recognize that personal characteristics may overlap or intersect (such as race, band membership, and place of residence in this case), and to reflect changing social phenomena or new or different forms of stereotyping or prejudice. As this Court unanimously held in *Law, supra*, at para. 73: "The possibility of new forms of discrimination denying essential human worth cannot be foreclosed".

Here, several factors lead to the conclusion that recognizing off-reserve band member status as an analogous ground would accord with the purposes of s. 15(1). From the perspective of off-reserve band members, the choice of whether to live on- or off-reserve, if it is available to them, is an important one to their identity and personhood, and is therefore fundamental. It involves choosing

susmentionnés n'est nécessaire à la reconnaissance d'un motif analogue ou d'une combinaison de motifs analogues: *Miron, précité*, au par. 149.

Je dois également souligner que, si certains indices de l'existence d'un motif analogue ne sont pas présents de façon générale, au sein d'un certain groupe de la société canadienne, ils peuvent néanmoins l'être dans un contexte social ou législatif différent, à l'intérieur d'un groupe différent de la société canadienne, ou dans une région donnée, pour ne donner que quelques exemples. Pour illustrer ce point en l'espèce, mentionnons le fait que la nature des décisions que prennent les membres des bandes indiennes lorsqu'ils se demandent s'ils vont vivre ou non dans la réserve diffère de celles que prennent bon nombre de Canadiens relativement au choix de leur lieu de résidence. Il en va de même pour d'autres facteurs relatifs à l'analyse des motifs analogues qui continuent d'avoir une incidence sur les membres des bandes indiennes. La deuxième étape doit alors être suffisamment souple pour tenir compte des stéréotypes, des préjugés et des dénis de dignité humaine et d'égalité de valeur des individus dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, ainsi que du fait que des caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser (par exemple, en l'espèce, la race, la qualité de membre d'une bande indienne et le lieu de résidence), et pour refléter soit l'évolution des phénomènes sociaux soit l'apparition de nouveaux stéréotypes ou préjugés ou la manifestation, sous des formes différentes, de ceux qui existent déjà. Ainsi que l'a statué à l'unanimité notre Cour dans l'arrêt *Law, précité*, au par. 73: «On ne peut éliminer à l'avance la possibilité que de nouvelles formes de discrimination viennent nier la valeur essentielle de l'être humain».

Dans le présent cas, plusieurs facteurs amènent à conclure que la reconnaissance, comme motif analogue, de la qualité de membre hors réserve d'une bande Indienne serait compatible avec les objets du par. 15(1). Du point de vue des membres hors réserve des bandes Indiennes, la décision de vivre dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci, si ce choix leur est ouvert, est importante pour leur

whether to live with other members of the band to which they belong, or apart from them. It relates to a community and land that have particular social and cultural significance to many or most band members. Also critical is the fact that as discussed below during the third stage of analysis, band members living off-reserve have generally experienced disadvantage, stereotyping, and prejudice, and form part of a "discrete and insular minority" defined by race and place of residence. In addition, because of the lack of opportunities and housing on many reserves, and the fact that the *Indian Act's* rules formerly removed band membership from various categories of band members, residence off the reserve has often been forced upon them, or constitutes a choice made reluctantly or at high personal cost. For these reasons, the second stage of analysis has been satisfied, and "off-reserve band member status" is an analogous ground. It will hereafter be recognized as an analogous ground in any future case involving this combination of traits. I note that in making this determination, I make no findings about "residence" as an analogous ground in contexts other than as it affects band members who do not live on the reserve of the band to which they belong.

#### (4) Third Stage of Analysis

At the third stage, the appropriate focus is on how, in the context of the legislation and Canadian society, the particular differential treatment impacts upon the people affected by it. This requires examining whether the legislation conflicts with the purposes of s. 15(1): to recognize all individuals and groups as equally deserving, worthy, and valuable, to remedy stereotyping, disadvantage and prejudice, and to ensure that all are treated as equally important members of Canadian

identité et leur personnalité et revêt donc un caractère fondamental. Cette décision les oblige à choisir entre vivre avec les autres membres de la bande à laquelle ils appartiennent ou vivre à l'écart de ceux-ci. Elle se rattache à une communauté et à un territoire qui ont une importance sociale et culturelle significative pour plusieurs ou la plupart des membres de la bande. Constitue également un facteur crucial, le fait que, comme nous le verrons ci-après au cours de la troisième étape de l'analyse, les membres hors réserve des bandes indiennes ont généralement souffert de désavantages, stéréotypes et préjugés, et font partie d'une «minorité discrète et isolée», définie par la race et le lieu de résidence. En outre, en raison du manque de débouchés et de logements qui sévit dans de nombreuses réserves et du fait que, auparavant, la *Loi sur les Indiens* retirait à diverses catégories de membres la qualité de membre d'une bande indienne, les personnes qui vivent à l'extérieur de la réserve n'ont bien souvent pas eu le choix à cet égard ou, si elles l'ont eu, elles n'ont pris leur décision qu'à contrecœur ou qu'à un prix très élevé sur le plan personnel. Pour ces raisons, la seconde étape de l'analyse est satisfaite, et la «qualité de membre hors réserve d'une bande indienne» est un motif analogue. Elle sera par conséquent reconnue comme telle dans toute affaire ultérieure mettant en cause cette combinaison de caractéristiques. Je tiens à souligner qu'en statuant ainsi je ne tire aucune conclusion relativement à la possibilité que le «lieu de résidence» constitue un motif analogue dans des contextes autres que ceux où il a une incidence sur les membres d'une bande indienne qui n'habitent pas la réserve de la bande à laquelle ils appartiennent.

#### (4) La troisième étape de l'analyse

À la troisième étape, il convient de mettre l'accent sur l'effet qu'a la différence de traitement particulière sur les personnes touchées, dans le contexte de la mesure législative contestée et de la société canadienne. À cette fin, il faut se demander si la mesure législative contestée est incompatible avec les objectifs du par. 15(1) qui sont: reconnaître que les divers groupes et individus sont tous aussi méritants, dignes de reconnaissance et valables les uns que les autres; remédier aux

society. Determining whether legislation violates these purposes requires examining the legislation in the context in which it applies, with attention to the interests it affects, and the situation and history in Canadian society of those who are treated differently by it. It must be examined how “a person legitimately feels when confronted with a particular law”: *Law, supra*, at para. 53.

The perspective that must be adopted in making this determination is subjective and objective: *Law, supra*, at paras. 59-61; *Egan, supra*, at para. 56, *per L'Heureux-Dubé J.* It must be considered whether a reasonable person possessed of similar traits to the claimant would find that the legislation imposes a burden or withholds a benefit from him or her

in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. . . .

(*Law, supra*, at para. 88.)

The analysis of discriminatory impact must be conducted with a careful eye to the context of who is affected by the legislation and how it affects them.

I would emphasize that the “reasonable person” considered by the subjective-objective perspective understands and recognizes not only the circumstances of those like him or her, but also appreciates the situation of others. Therefore, when legislation impacts on various groups, particularly if those groups are disadvantaged, the subjective-objective perspective will take into account the particular experiences and needs of all of those groups.

stéréotypes, désavantages et préjugés; et faire en sorte que chacun soit traité comme un membre de la société canadienne aussi important que tous les autres. Pour déterminer si une disposition législative porte atteinte à ces objectifs, il faut l'examiner à l'intérieur du contexte dans lequel elle s'applique, en s'attachant aux droits qu'elle touche ainsi qu'à la situation et à l'histoire, dans la société canadienne, de ceux qu'elle traite d'une façon différente. Il faut s'interroger sur la façon dont «il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée»: *Law*, précité, au par. 53.

Il faut, dans le cadre de cet examen, adopter un point de vue à la fois subjectif et objectif: *Law*, précité, aux par. 59 à 61; *Egan*, précité, au par. 56, motifs du juge L'Heureux-Dubé. Il faut se demander si une personne raisonnable, possédant les mêmes caractéristiques que le demandeur, estimerait que la mesure législative en cause lui impose un fardeau ou la prive d'un avantage

d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération. . .

(*Law*, précité, au par. 88.)

L'analyse de l'effet discriminatoire doit être effectuée en accordant une attention particulière au contexte des personnes touchées par la loi en cause et à la façon dont celle-ci a une incidence sur ces personnes.

Je tiens à souligner que la «personne raisonnable» prise en considération dans cette analyse subjective-objective comprend et admet non seulement la situation des personnes qui sont comme elle, mais elle est également sensible à la situation d'autrui. Par conséquent, dans les cas où une mesure législative produit des effets sur divers groupes, spécialement si ces groupes sont défavorisés, cette analyse subjective-objective tiendra compte des expériences et besoins particuliers de chacun de ces groupes.

64

65

66

Before turning to the specific contextual factors enumerated by Iacobucci J. in *Law*, it is worth mentioning one additional factor important to the particular circumstances of this appeal. Section 77(1) implicates, in a direct way that does not affect other Canadians, the interests of two groups who have generally experienced “pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice”: *Law, supra*, at para. 63. All band members affected by this legislation, whether on-reserve or off-reserve, have been affected by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples.

67

When analysing a claim that involves possibly conflicting interests of minority groups, one must be especially sensitive to their realities and experiences, and to their values, history, and identity. This is inherent in the nature of a subjective-objective analysis, since a court is required to consider the perspective of someone possessed of similar characteristics to the claimant. Thus, in the case of equality rights affecting Aboriginal people and communities, the legislation in question must be evaluated with special attention to the rights of Aboriginal peoples, the protection of the Aboriginal and treaty rights guaranteed in the Constitution, the history of Aboriginal people in Canada, and with respect for and consideration of the cultural attachment and background of all Aboriginal women and men. It must also always be remembered that s. 15(1) provides for the “unremitting protection” of the right to equality, in whatever context the analysis takes place, whether there is one disadvantaged or minority group affected or more than one: see *Andrews, supra*, at p. 175; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1326. In addition, it must be recalled that all the circumstances must always be evaluated from the perspective of a person with similar characteristics to the claimant, fully informed of the circumstances.

Avant d’aborder les facteurs contextuels énumérés par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, il convient de mentionner un autre facteur important dans le cadre du présent pourvoi. Le paragraphe 77(1) met en cause, directement et d’une manière qui ne touche pas les autres Canadiens, les intérêts de deux groupes qui ont, de façon générale, souffert de «la préexistence d’un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés»: *Law*, précité, au par. 63. Tous les membres de la bande touchés par cette mesure législative, qu’ils résident ou non dans les réserves, subissent les effets de l’héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones.

Dans l’analyse d’une demande mettant en cause des intérêts potentiellement opposés de groupes minoritaires, il faut être particulièrement sensible à leurs réalités et à leurs expériences, ainsi qu’à leurs valeurs, à leur histoire et à leur identité. Il s’agit d’une démarche inhérente à l’analyse subjective-objective, puisque le tribunal doit prendre en considération le point de vue d’une personne possédant les mêmes caractéristiques que le demandeur. Ainsi, en ce qui concerne les droits à l’égalité qui touchent les peuples et les communautés autochtones, il faut évaluer la mesure législative contestée en accordant une attention spéciale aux droits des peuples autochtones, à la protection des droits ancestraux ou issus de traités garantis par la Constitution ainsi qu’à l’histoire des autochtones au Canada, et en faisant montre de respect et de considération à l’égard de la culture de tous les autochtones — hommes et femmes — et de leur attachement à cette culture. Il faut toujours garder à l’esprit que le par. 15(1) assure la «protection constante» du droit à l’égalité, quel que soit le contexte dans lequel l’analyse a lieu, et qu’il y ait un ou plusieurs groupes défavorisés ou minoritaires qui soient touchés: voir *Andrews*, précité, à la p. 175; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1326. De plus, il convient de rappeler que, dans tous les cas, il faut évaluer l’ensemble des circonstances du point de vue d’une personne qui possède les mêmes caractéristiques que le demandeur et qui est bien informée de ces circonstances.

I am aware, of course, that issues have been raised about the constitutionality of distinctions created by the *Indian Act* between band members and non-band members within the Aboriginal community. One such issue was dealt with in Bill C-31, discussed below. While the discussion of context which follows necessarily touches on the experiences of Aboriginal peoples generally, the decision in this case relates only to the constitutionality of the voting distinctions made within bands themselves by s. 77(1) of the *Indian Act*.

Since equality is a comparative concept, the analysis must consider the person relative to whom the claimant is being treated differentially: *Law*, *supra*, at para. 56. I accept the claimants' argument that the comparison here is between band members living on- and off-reserve, since these are the two groups whom the legislation treats differentially on its face. This denies the benefit of voting for band leadership to members of bands affected by s. 77(1) who do not live on a reserve. Because of the groups involved, the Court must also be attentive to the fact that there may be unique disadvantages or circumstances facing on-reserve band members. However, no evidence has been presented that would suggest that the legislation, in purpose or effect, ameliorates the position of band members living on-reserve, and therefore I find it unnecessary to consider the third contextual factor outlined in *Law*. I turn now to the particular contextual factors outlined in *Law* which may indicate that the legislation conflicts with the purposes of s. 15(1).

(a) *Disadvantage, Vulnerability, Stereotyping, and Prejudice*

Groups or individuals who are generally subject to unfair treatment in society because of their characteristics or circumstances are already demeaned

Je suis consciente, évidemment, que certaines questions ont été soulevées relativement à la constitutionnalité des distinctions créées par la *Loi sur les Indiens* entre les membres et les non-membres d'une bande au sein de la communauté autochtone. Une de ces questions a été réglée dans le projet de loi C-31, qui est examiné plus loin. Bien que, dans l'examen du contexte dont je discute plus loin, il soit nécessairement question des expériences des peuples autochtones en général, la décision dans la présente affaire ne porte que sur la constitutionnalité des distinctions relatives à l'exercice du droit de vote qui sont établies au sein des bandes elles-mêmes par le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*.

Étant donné que l'égalité est un concept relatif, il faut, dans l'analyse, prendre en considération la personne par rapport à laquelle le demandeur est traité différemment: *Law*, précité, au par. 56. J'accepte l'argument des demandeurs selon lequel la comparaison se fait, en l'espèce, entre les membres habitant les réserves et les membres vivant hors de celles-ci, puisqu'il s'agit des deux groupes qui sont traités différemment par le texte même de la disposition législative. Cette situation a pour effet de dénier aux membres n'habitant pas les réserves le bénéfice du droit de voter à l'élection des dirigeants de bandes visées au par. 77(1). En raison de l'identité des groupes concernés, la Cour doit, en outre, être attentive à la possibilité qu'il existe des désavantages ou circonstances qui soient propres aux membres habitant les réserves. Toutefois, il n'y a aucune preuve de nature à suggérer que, par son objet ou ses effets, la mesure législative contestée améliore la situation des membres des bandes habitant les réserves. J'estime donc qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième facteur contextuel énoncé dans l'arrêt *Law*. Je vais maintenant discuter des facteurs contextuels particuliers énoncés dans l'arrêt *Law* qui pourraient indiquer que la disposition législative contestée est incompatible avec les objets du par. 15(1).

a) *Désavantage, vulnérabilité, stéréotypes et préjugés*

Les groupes ou personnes qui font généralement l'objet d'un traitement injuste dans la société du fait de leurs caractéristiques ou de leur situation

68

69

70

in dignity, and further differential treatment of them is more likely to have a discriminatory impact, since it often perpetuates or increases that disadvantage: *Law, supra*, at para. 63. Pre-existing disadvantage, stereotyping, and vulnerability are important to the analysis in this case in three particular ways.

souffrent déjà dans leur dignité, et le fait de se voir infliger une différence de traitement additionnelle risque davantage d'avoir sur eux un effet discriminatoire, puisqu'elle aura souvent pour effet de perpétuer ou d'accentuer ce désavantage: *Law*, précité, au par. 63. La préexistence d'un désavantage, d'un stéréotype et de vulnérabilité est un facteur important dans l'analyse, et ce pour trois raisons particulières.

71

First, band members living off-reserve form part of a "discrete and insular minority", defined by both race and residence, which is vulnerable and has at times not been given equal consideration or respect by the government or by others in Canadian or Aboriginal society. Decision makers have not always considered the perspectives and needs of Aboriginal people living off reserves, particularly their Aboriginal identity and their desire for connection to their heritage and cultural roots. As noted by the Royal Commission on Aboriginal Peoples,

Premièrement, les membres hors réserve des bandes indiennes font partie d'une «minorité discrète et isolée», qui est définie tant par sa race que par son lieu de résidence, qui est vulnérable et qui, à l'occasion ne s'est pas vu accorder l'égalité de respect ou de considération par le gouvernement ou par d'autres personnes au sein des sociétés canadienne et autochtone. Les décideurs ne tiennent pas toujours compte des points de vue et des besoins des autochtones qui vivent à l'extérieur des réserves, particulièrement en ce qui concerne leur identité autochtone et leur désir de maintenir des liens avec leur patrimoine et leurs racines culturelles. Comme l'a souligné la Commission royale sur les peuples autochtones:

[b]efore the Commission began its work, however, little attention had been given to identifying and meeting the needs, interests and aspirations of urban Aboriginal people. Little thought had been given to improving their circumstances, even though their lives were often desperate, and relations between Aboriginal people and the remainder of the urban population were fragile, if not hostile.

Toutefois, avant que la Commission n'entreprenne ses travaux, peu d'efforts avaient été faits pour cerner et satisfaire les besoins, les intérêts et les aspirations véritables des autochtones citadins. Même si ceux-ci étaient souvent en proie au désespoir et entretenaient avec le reste des citadins des rapports fragiles, voire hostiles, c'est à peine si l'on s'était efforcé d'améliorer leurs conditions de vie.

The information and policy vacuum can be traced at least in part to long-standing ideas in non-Aboriginal culture about where Aboriginal people 'belong'.

L'absence de stratégie et de recherche à leur égard peut être attribuée, du moins en partie, aux idées enracinées dans la culture non autochtone en ce qui concerne le milieu où les autochtones devraient vivre.

(*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 4, *Perspectives and Realities*, at p. 519.)

(*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 4, *Perspectives et réalités*, à la p. 583.)

Similarly, there exist general stereotypes in society relating to off-reserve band members. People have often been only seen as "truly Aboriginal" if they live on reserves. The Royal Commission wrote:

De même, il existe, dans la société, des stéréotypes généraux relativement aux membres hors réserve des bandes indiennes. Souvent, seules les personnes vivant dans les réserves sont considérées comme les «vrais autochtones». La Commission a écrit ceci:

MANY CANADIANS THINK of Aboriginal people as living on reserves or at least in rural areas. This perception is deeply rooted and persistently reinforced. . . .

. . . There is a history in Canada of putting Aboriginal people 'in their place' on reserves and in rural communities. Aboriginal cultures and mores have been perceived as incompatible with the demands of industrialized urban society. This leads all too easily to the assumption that Aboriginal people living in urban areas must deny their culture and heritage in order to succeed — that they must assimilate into this other world. The corollary is that once Aboriginal people migrate to urban areas, their identity as Aboriginal people becomes irrelevant.

(*Perspectives and Realities, supra*, at p. 519.)

Second, off-reserve band members experience particular disadvantages compared to those living on-reserve because of their separation from the reserve. They are apart from communities to which many feel connection, and have experienced racism, culture shock, and difficulty maintaining their identity in particular and serious ways because of this fact. Third, it should be noted that the context is one in which, due to various factors, Aboriginal women, who can be said to be doubly disadvantaged on the basis of both sex and race, are among those particularly affected by legislation relating to off-reserve band members, because of their history and circumstances in Canadian and Aboriginal society.

(b) *Relationship Between the Basis of the Differential Treatment and the Claimant's Characteristics or Circumstances*

The second factor set out by Iacobucci J. examines the relationship between the basis on which the differential treatment occurs and the characteristics of the claimant and others, with the goal of recognizing the human dignity and right to full participation in society of all of them. Some dis-

BON NOMBRE DE CANADIENS pensent que les autochtones vivent exclusivement dans une réserve ou, à la rigueur, dans une région rurale. Cette perception bien ancrée est constamment renforcée . . .

. . . Ainsi, le Canada a traditionnellement parqué les autochtones dans des réserves et des collectivités rurales. Les non-autochtones perçoivent les mœurs et les cultures autochtones comme étant incompatibles avec les exigences de la société urbaine industrialisée. C'est ce qui pousse trop facilement les gens à croire que les autochtones citadins doivent renier leur culture et leur patrimoine — s'assimiler, somme toute — s'ils veulent réussir leur insertion dans cet autre monde. Le corollaire de ce point de vue est que les autochtones perdent leur spécificité culturelle dès que s'amorce leur migration vers la ville.

(*Perspectives et réalités, op. cit.*, aux pp. 583 et 584.)

Deuxièmement, parce qu'ils vivent à l'écart des réserves, les membres hors réserve des bandes indiennes souffrent de désavantages particuliers comparativement aux membres qui y résident. Ils vivent à l'écart de communautés à l'égard desquelles bon nombre d'entre eux éprouvent un sentiment d'attachement, et, en raison de ce fait, ils souffrent du racisme, du choc des cultures en plus d'éprouver de la difficulté à conserver certains aspects importants de leur identité. Troisièmement, il convient de signaler que nous sommes en présence d'un contexte où, pour divers facteurs, les femmes autochtones, que l'on peut dire doublement défavorisées en raison de leur sexe et de leur race, font partie des personnes particulièrement touchées par les mesures législatives se rapportant aux membres hors réserve des bandes indiennes, de par leur histoire et leur situation dans les sociétés canadienne et autochtone.

b) *Le rapport entre le fondement de la différence de traitement et les caractéristiques ou la situation du demandeur*

Dans le cadre du deuxième facteur énoncé par le juge Iacobucci, on examine le rapport entre le fondement de la différence de traitement et les caractéristiques du demandeur et d'autres personnes, afin que leur soient reconnus et la dignité humaine et le droit de participer pleinement à la société.

inctions may correspond to the needs, capacities, or circumstances of a group in a manner that does not affect their human dignity or that of others, viewed from a subjective-objective perspective (*Law, supra*, at paras. 69-71).

74

In the case at bar, considering this factor involves examining the legislative context surrounding the distinction at issue. The voting rights at issue affect other sections of the legislation; it must be determined how the functions of electors and powers of the band council chosen by them relate to the needs, circumstances, and human dignity of the band members included and excluded by the voting scheme. In my opinion, if the powers of electors or the chief and council they vote for affect issues that are purely local, and do not affect the interests of off-reserve band members, the differential treatment between band members contained in s. 77(1) cannot be considered to violate the right to substantive equality of the off-reserve members. Such differential treatment would relate to the different positions and needs of the two groups and could not be said, in my opinion, to stereotype off-reserve members or suggest they are less deserving, worthy, or important band members from the perspective of someone affected by them. However, if the powers of the electors and the band council affect the interests and needs of both groups, this will be an indicator that the differential treatment is more likely to be discriminatory.

75

The band council chosen by the electors has by-law making powers under s. 81(1), which include the regulation of traffic on the reserve, control over the observance of law and order, and other such powers. Strayer J., the trial judge, found that these powers are mostly of a local nature, related to the governance of the reserve itself, and he suggested that they primarily affect residents. I would agree, in general, with this characterization, and I would

Certaines distinctions peuvent correspondre aux besoins, aux capacités ou à la situation d'un groupe d'une manière qui n'a pas, d'un point de vue subjectif-objectif, d'incidence sur la dignité humaine des membres de ce groupe ou sur celle d'autres personnes (*Law*, précité, aux par. 69 à 71).

En l'espèce, la prise en compte de ce facteur exige l'examen du contexte législatif de la distinction en litige. Les droits de vote en cause ont une incidence sur d'autres dispositions de la loi; il faut déterminer quel est le lien entre, d'une part, le rôle des électeurs et les pouvoirs du conseil de bande qu'ils choisissent, et, d'autre part, les besoins, la situation et la dignité humaine des membres des bandes qui sont admis à participer au scrutin et de ceux qui en sont exclus. À mon avis, si les pouvoirs des électeurs ou ceux du chef et du conseil qu'ils élisent portent sur des questions de nature purement locale, qui n'ont pas d'incidence sur les droits des membres hors réserve de la bande, l'on ne peut pas considérer que la différence de traitement entre les membres des bandes établie par le par. 77(1) porte atteinte au droit à l'égalité réelle des membres hors réserve. Cette différence de traitement serait liée à la situation et aux besoins différents des deux groupes, et il ne serait pas possible, à mon avis, d'affirmer qu'elle attribue un stéréotype aux membres hors réserve ou suggère qu'ils ne sont pas, du point de vue d'une personne touchée par ces pouvoirs, des membres de la bande aussi méritants, dignes de reconnaissance ou importants que les autres. Cependant, si les pouvoirs des électeurs et du conseil de bande ont une incidence sur les droits et besoins des deux groupes, il s'agira d'un indice que la différence de traitement est plus susceptible d'être discriminatoire.

Le conseil de bande choisi par les électeurs a le pouvoir, en vertu du par. 81(1), de faire des règlements administratifs sur divers sujets, notamment la réglementation de la circulation dans la réserve, l'observation de la loi et le maintien de l'ordre. Le juge Strayer, qui a entendu l'affaire en première instance, a conclu que ces pouvoirs sont pour la plupart de nature locale et concernent l'administration de la réserve elle-même, et il a indiqué qu'ils

add to the list of provisions affecting primarily local functions the powers contained in s. 85.1. However, I would note that several paragraphs of s. 81(1) affect in a particular way all band members, irrespective of residence on the reserve. Section 81(1)(i) allows the band council to allot land on the reserve, where this authority has been given by the Governor in Council. Sections 81(1)(p) and 81(1)(p.1) allow by-laws relating to residence and trespass on the reserve, which may affect the ability of non-residents to use the facilities and land on the reserve, and return to live there. The ability to live on the reserve, or to participate in activities on reserve lands if they desire, has been shown to be important to non-residents, and these functions of the band council affect their circumstances and needs directly and in a fundamental way: see *Perspectives and Realities*, *supra*, at p. 49.

Section 83 gives the council power to make money by-laws, which include taxation of land on the reserve, licensing of businesses, appropriation of moneys to defray band expenses, and payment of remuneration to chiefs and councillors. These powers, in my opinion, are a mixture of functions that affect residents on the reserve only, and also all members of the band. While the taxation of land and businesses on the reserve and the licensing of businesses are primarily local functions, appropriation of money for various band purposes and the amounts to be paid to chiefs and councillors are matters in which all band members have an interest. In addition, under s. 83(1)(f), the band may make by-laws relating to “the raising of money from band members to support band

touchent principalement les résidents. Je souscris de façon générale à cette qualification, et j’ajouterais à la liste des dispositions qui concernent principalement des fonctions locales les pouvoirs prévus à l’art. 85.1. Je ferais, toutefois, remarquer que plusieurs alinéas du par. 81(1) touchent d’une manière particulière l’ensemble des membres de la bande, qu’ils résident ou non dans la réserve. L’alinéa 81(1)i) permet au conseil de bande de répartir les terres de la réserve entre les membres de la bande, s’il a été autorisé à le faire par le gouverneur en conseil. Les alinéas 81(1)p) et 81(1)p.1) autorisent la passation de règlements administratifs concernant la résidence et l’entrée sans droit ni autorisation dans la réserve, sujets qui peuvent avoir une incidence sur la capacité des non-résidents d’utiliser les terres de la réserve et les installations s’y trouvant, ainsi que de revenir vivre dans la réserve. Il a été démontré que la capacité d’habiter dans la réserve ou de participer à des activités sur les terres de la réserve est importante pour les non-résidents qui désirent le faire, et les fonctions susmentionnées du conseil de bande influent directement et d’une manière fondamentale sur la situation et les besoins de ces personnes: voir *Perspectives et réalités*, *op. cit.*, à la p. 55.

L’article 83 donne au conseil le pouvoir de faire des règlements administratifs sur des questions pécuniaires, notamment l’imposition de taxes sur les immeubles situés dans la réserve, la délivrance de permis aux entreprises, l’affectation de sommes d’argent pour couvrir les dépenses de la bande et le versement d’une rémunération aux chefs et aux conseillers. À mon avis, ces pouvoirs sont un mélange de fonctions qui touchent soit uniquement les résidents de la réserve, soit tous les membres de la bande. Quoique l’imposition de taxes sur les immeubles et les entreprises situés dans la réserve et la délivrance de permis aux entreprises soient principalement des fonctions de nature locale, l’affectation de sommes d’argent à diverses fins poursuivies par la bande et la détermination de la rémunération à verser aux chefs et aux conseillers sont des questions qui intéressent tous les membres de la bande. En outre, en vertu de l’al. 83(1)f), la bande peut faire des règlements administratifs concernant «la réunion de fonds provenant des

projects” which may have the potential to affect all band members.

77

Although the band council’s powers under ss. 81(1) and 83(1) are similar, in many ways, to those of a municipality, the exclusion of non-residents from voting rights affects other powers of the band council that relate to the needs of all members of the band, whether or not they are ordinarily resident on the reserve. Section 64(1) allows the expenditure by the Minister, with the band council’s consent, of the band’s capital moneys for various purposes, including distributions per capita to members of the band, and construction of new housing. The band’s capital moneys come from the sale of surrendered lands or capital assets of the band (s. 62), assets that belong, collectively, to all members of the band. As found by Strayer J., all band members have important interests in these expenditures. Similarly, under s. 66(1), the Minister, with the approval of the band council, can make orders appropriating the band council’s revenue moneys; the band council may be authorized to do so under s. 69. Expenditures by the band council may include matters like education, creation of new housing, creation of facilities on reserves, and other matters that may affect off-reserve band members’ economic interest in its assets and the infrastructure that will be available to help them return to the reserve if they wish. Finally, s. 39(1)(b) requires the consent of a majority of “electors” of the band for the surrender of band lands. The definition of “elector” in s. 2(1) excludes band members who are disqualified from voting in band elections, so the wording of s. 77(1) excludes off-reserve members from voting on the question of whether the lands they own in common will be surrendered.

membres de la bande et destinés à supporter des entreprises de la bande» qui sont susceptibles de toucher tous les membres de la bande.

Bien que les pouvoirs dont dispose le conseil de bande en vertu des par. 81(1) et 83(1) soient à plusieurs égards semblables à ceux d’une municipalité, le fait de priver les non-résidents du droit de vote a une incidence sur d’autres pouvoirs du conseil de bande se rapportant aux besoins de l’ensemble des membres de la bande, qu’ils résident ou non ordinairement dans la réserve. En vertu du par. 64(1), le ministre peut, avec le consentement du conseil de bande, prescrire la dépense de sommes d’argent au compte en capital de la bande à diverses fins, notamment pour distribuer per capita certaines sommes aux membres de la bande et pour construire de nouvelles habitations. Les sommes constituant le compte en capital de la bande proviennent de la vente de terres cédées ou de biens de capital de la bande (art. 62), biens qui appartiennent, collectivement, à tous les membres de la bande. Comme a conclu le juge Strayer, les membres de la bande ont tous d’importants intérêts dans ces dépenses. De même, en vertu du par. 66(1), le ministre peut, avec le consentement du conseil de bande, ordonner l’affectation à certaines fins de sommes d’argent du compte de revenus; pour sa part, le conseil de bande peut, en vertu de l’art. 69, être autorisé à exercer ce pouvoir. Le conseil de bande peut consacrer des dépenses à des fins telles que l’éducation, la construction de nouvelles habitations, l’établissement d’installations dans les réserves, ainsi qu’à d’autres fins susceptibles d’avoir une incidence sur l’intérêt économique qu’ont les membres hors réserve dans les biens et l’infrastructure de la réserve qui seront disponibles pour faciliter leur retour dans celle-ci s’ils le désirent. Finalement, l’al. 39(1)b) exige l’assentiment d’une majorité des électeurs de la bande pour la cession de terres de la bande. Étant donné que la définition d’«électeur» au par. 2(1) exclut les membres de la bande qui ont perdu leur droit de vote aux élections de la bande, le texte du par. 77(1) a pour effet de nier aux membres hors réserve le droit de voter sur la cession des terres qui leur appartiennent en commun avec les autres membres.

The wording of s. 77(1), therefore, gives off-reserve band members no voice in electing a band council that, among other functions, spends moneys derived from land owned by all members, and money provided to the band council by the government to be spent on all band members. The band council also determines who can live on the reserve and what new housing will be built. The legislation denies those in the position of the claimants a vote in decisions about whether the reserve land owned by all members of the band will be surrendered. In addition, members who live in the vicinity of the reserve, as shown by the evidence of several of the plaintiffs in this case, may take advantage of services controlled by the band council such as schools or recreational facilities. Moreover, as a practical matter, representation of Aboriginal peoples in processes such as land claims and self-government negotiations often takes place through the structure of *Indian Act* bands. The need for and interest in this representation is shared by all band members, whether they live on- or off-reserve. Therefore, although in some ways, voting for the band council and chief relates to functions affecting reserve members much more directly than others, in other ways it affects all band members. Since interests are affected that are unrelated to the basis upon which the differential treatment is made (off-reserve residence status), considering the principle of respect for human dignity and substantive equality, this is an important indicator that the differential treatment is discriminatory.

(c) *Nature of the Affected Interest*

The fourth contextual factor which was described by Iacobucci J. in *Law, supra*, at paras. 74-75, and which is of particular importance in this case, is the nature of the affected interest. In general, the more important and significant the

Par conséquent, le texte du par. 77(1) ne donne pas aux membres hors réserve des bandes indiennes voix au chapitre dans l'élection du conseil de bande, organe qui, entre autres fonctions, dépense des sommes tirées de terres appartenant à l'ensemble des membres ainsi que des sommes qui lui sont attribuées par le gouvernement et qui doivent être employées au profit de tous les membres de la bande. Le conseil de bande décide également qui peut habiter dans la réserve et quelles nouvelles habitations seront construites. Le texte de loi prive les personnes dans la situation des demandeurs du droit de voter sur la cession de terres de la réserve qui appartiennent à l'ensemble des membres de la bande. De plus, comme l'atteste le témoignage de plusieurs des demandeurs en l'espèce, les membres qui vivent à proximité de la réserve peuvent se prévaloir des services relevant de l'autorité du conseil de bande, par exemple les installations scolaires et récréatives. Qui plus est, en pratique, la représentation des Autochtones dans des processus comme les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale est souvent déterminée suivant le régime des bandes visées par la *Loi sur les Indiens*. Tous les membres, qu'ils vivent ou non dans la réserve, ont, en matière de représentation, un besoin et un intérêt communs. Par conséquent, bien que, sous certains rapports, le droit de vote à l'élection du conseil de bande et du chef se rapporte à des fonctions touchant beaucoup plus directement les membres qui habitent la réserve que les autres, sous d'autres rapports ce droit touche tous les membres de la bande. Le fait que certains droits qui ne sont pas liés au fondement de la différence de traitement (la qualité de membre vivant hors réserve) soient touchés, est un indice important du caractère discriminatoire de la différence de traitement, eu égard au principe du respect de la dignité humaine et du droit à l'égalité réelle.

c) *La nature du droit touché*

Le quatrième facteur contextuel décrit par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, précité, aux par. 74 et 75, et qui est particulièrement important en l'espèce, est la nature du droit touché. En général, plus le droit touché est important et a une

interest affected, the more likely it will be that differential treatment affecting this interest will amount to a discriminatory distinction within the meaning of s. 15(1).

portée considérable, plus la différence de traitement s'y rapportant est susceptible de constituer une distinction discriminatoire au sens du par. 15(1).

80 Several social and legislative facts are important to analysing this contextual factor. The first is the important financial interest that non-residents have in the affairs of the band. As I outlined in the previous section, the band council must give consent for expenditures of the band's capital and revenue moneys. The band's electors also control decisions about the surrender of band lands which are owned collectively by all band members. Second, the band council controls the allotment of land and by-laws relating to trespass and residence, which affect in important ways the ability to return and live on the reserve. Third, the council makes decisions about the availability of services that may be important to non-residents, particularly those who may live near the reserve. Also important is the role of band leadership in the work of the Assembly of First Nations and other Aboriginal organizations at the regional, national and international levels. All these factors show that the functions and powers of the band council have important significance for the lives of off-reserve band members. Denying them voting rights when band leadership is chosen through a system of democracy affects significant interests they have in band governance.

Plusieurs réalités sociales et législatives sont importantes dans l'analyse de ce facteur contextuel. La première est l'intérêt économique important qu'ont les non-résidents dans les affaires de la bande. Comme je l'ai expliqué précédemment, le conseil de bande doit donner son consentement aux dépenses encourues à même les sommes d'argent au compte en capital et au compte de revenu de la bande. Ce sont également les électeurs de la bande qui prennent les décisions relatives à la cession des terres de la bande, terres qui appartiennent collectivement à tous les membres de la bande. Deuxièmement, le conseil de bande a autorité sur la répartition des terres, et il peut faire des règlements régissant la résidence et l'entrée sans droit ni autorisation dans la réserve, sujets qui influent de façon importante sur la capacité de revenir vivre dans la réserve. Troisièmement, le conseil prend, à l'égard des services offerts à la communauté, des décisions qui peuvent être importantes pour les non-résidents, particulièrement ceux qui vivent à proximité de la réserve. Un autre fait important est le rôle que jouent les dirigeants de la bande dans les travaux de l'Assemblée des Premières Nations et d'autres organismes autochtones aux niveaux régional, national et international. Tous ces facteurs démontrent que les fonctions et pouvoirs du conseil de bande revêtent une importance considérable dans la vie des membres vivant hors réserve des bandes indiennes. Nier à ces personnes le droit de voter lorsque les dirigeants de la bande sont choisis par un mécanisme démocratique a une incidence sur les intérêts importants qu'ils ont dans l'administration des affaires de la bande.

81 The importance many band members place on maintaining a connection to their cultural roots is also particularly significant. Maintaining one's cultural identity will mean different things to different off-reserve band members, but to many it will entail an identification of interests with their band. When band leadership is chosen through a democratic system, one of the most powerful

L'importance que bon nombre de membres des bandes accordent au maintien de liens avec leurs racines culturelles est aussi un facteur particulièrement significatif. Le maintien d'une identité culturelle peut signifier pour les membres hors réserve d'une bande différentes choses d'un individu à l'autre, toutefois, pour plusieurs d'entre eux cela peut se traduire par l'identification aux intérêts de

expressions of identification with that band is through the exercise of voting. When certain band members are not given any say in that system, the denial of that voice affects their belonging and connection to the band of which they are members.

Moreover, the band council has the power to affect directly the cultural interests of those off-reserve band members who identify with their band and reserve. The Royal Commission on Aboriginal Peoples stated that sources of traditional Aboriginal culture include "contact with the land, elders, Aboriginal languages and spiritual ceremonies" (*Perspectives and Realities, supra*, at p. 522). As outlined in the previous section, the band council has many powers affecting access to the reserve, management of the reserve lands, and the expenditure of money for the welfare of the band. Furthermore, the "electors" of the band can vote on the surrender of band lands. The band council therefore has considerable power to safeguard, develop and promote the sources of traditional Aboriginal culture and to affect the access of off-reserve band members to these sources.

Historical circumstances that have had and continue to have repercussions for the members of this group add to the reasons why the interest affected by this legislation is of important societal significance for those in the position of the claimants. Indeed, the creation of the group of off-reserve Aboriginal people can be seen as a consequence, in part, of historic policies toward Aboriginal peoples. The Royal Commission on Aboriginal Peoples describes the relationship between the federal government and Aboriginal peoples during the period from the early 1800s to 1969 as one of "displacement and assimilation" (*Report of the Royal*

leur bande. Lorsque les dirigeants de la bande sont choisis par un mécanisme démocratique, l'exercice du droit de vote constitue l'un des moyens d'expression les plus forts de ce sentiment d'identification. Lorsqu'on refuse à certains membres de la bande le droit de s'exprimer dans le cadre de ce mécanisme, le déni de cette voix au chapitre a des répercussions sur leur sentiment d'appartenance et d'attachement à la bande dont ils sont membres.

De plus, les conseils de bande ont le pouvoir d'influencer directement les droits culturels des membres hors réserve qui s'identifient à leur bande et à leur réserve. La Commission royale sur les peuples autochtones a affirmé que constituent des sources de la culture autochtone traditionnelle «le contact avec la terre, les anciens, les langues autochtones et les cérémonies spirituelles» (*Perspectives et réalités, op. cit.*, à la p. 586). Comme je l'ai souligné au chapitre précédent, les conseils de bande possèdent de nombreux pouvoirs ayant une incidence sur l'accès à la réserve, la gestion des terres de la réserve et la dépense de fonds pour le bien-être de la bande. En outre, les «électeurs» de la bande peuvent voter relativement à la cession des terres de la bande. Les conseils de bande disposent donc de pouvoirs considérables pour sauvegarder, mettre en valeur et promouvoir les sources de la culture autochtone traditionnelle et pour influencer l'accès à ces sources par les membres hors réserve des bandes indiennes.

Les circonstances historiques qui ont eu et continuent à avoir des repercussions sur les membres de ce groupe sont d'autres raisons expliquant pourquoi le droit touché par cette mesure législative a une portée sociétale importante pour les personnes dans la situation des demandeurs. En effet, l'émergence du groupe des autochtones hors réserve peut être perçue, en partie, comme une conséquence de politiques historiques appliquées à l'égard des autochtones. La Commission royale sur les peuples autochtones a employé les mots «déracinement et assimilation» pour décrire les relations entre le gouvernement fédéral et les peuples autochtones durant la période du début des années 1800 jusqu'à 1969 (*Rapport de la Commission royale sur les*

82

83

*Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*, at pp. 137-91).

84

Maintaining a connection with the band of which they are members is of particular importance to those in the position of the claimants because they often live apart from reserves due to factors that are likely largely beyond their control. Lack of land, what are often scarce job opportunities on reserves, and the need to go far from the community for schooling, are among the reasons that members left the reserve in the past, and continue to leave. There are also particular issues affecting Aboriginal women's migration: *Perspectives and Realities*, *supra*, at pp. 573-76. The fact that those affected or their ancestors may well have had no choice but to leave the reserve signals that the interest in keeping a connection with the band of which they are members is particularly important to them because the separation from other members of the band and the reserve may well have been undesired or unchosen.

85

A considerable number of the band members who live off-reserve recently gained or regained this status under Bill C-31. This legislation modified sections of the *Indian Act* that denied Indian status to various categories of band members, though not all those who were restored to status became members of a band. It is, therefore, helpful to examine the history of the legislation that removed Indian status from them or from their ancestors. I must emphasize that this discussion is in no way related to the constitutionality of Bill C-31, in general or in the context of particular bands. Rather, I refer to it for the purpose of examining the context underlying the current legislative distinction and showing why the interest affected is an important one for band members.

86

Many of those affected are women, and the descendants of women, who lost their Indian status because they married men who did not have Indian

*peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*, aux pp. 147 à 206).

Le maintien de liens avec la bande dont elles sont membres revêt une importance particulière pour les personnes dans la situation des demandeurs, car si elles n'habitent pas les réserves c'est souvent pour des raisons largement indépendantes de leur volonté. Le manque de terres, le fait qu'il y ait souvent très peu de possibilités d'emploi dans les réserves et la nécessité de s'éloigner de la communauté pour s'instruire comptent parmi les raisons pour lesquelles les membres des bandes ont quitté les réserves dans le passé et continuent de le faire aujourd'hui. Il y a aussi certaines considérations qui touchent particulièrement la migration des femmes autochtones: *Perspectives et réalités*, *op. cit.*, aux pp. 644 à 650. Le fait que les personnes touchées ou leurs ancêtres aient fort bien pu n'avoir d'autre choix que de quitter la réserve indique que le maintien de liens avec la bande dont ils sont membres est un droit important pour eux puisque le fait d'être séparés de la réserve et des autres membres de la bande peut bien ne pas avoir été désiré ou choisi.

Un nombre considérable de membres hors réserve des bandes indiennes ont récemment obtenu ou retrouvé leur statut de membre en vertu du projet de loi C-31. Cette loi a modifié les articles de la *Loi sur les Indiens* qui privaient du statut d'Indien diverses catégories de membres des bandes, bien que ce ne soit pas tous ceux qui ont retrouvé leur statut qui soient devenus membres d'une bande. Il est donc utile d'examiner l'histoire des dispositions qui ont retiré le statut à ces personnes ou à leurs ancêtres. Je tiens cependant à souligner que l'examen de ces dispositions ne se rattache d'aucune façon à la constitutionnalité du projet de loi C-31 en général ou dans le contexte de certaines bandes en particulier. Je réfère plutôt à cet historique afin d'examiner le contexte qui sous-tend la distinction établie par la loi actuelle et de démontrer pourquoi le droit touché est important pour les membres des bandes.

Bon nombre des personnes touchées sont des femmes ainsi que les descendants de ces femmes qui ont perdu leur statut d'Indiennes parce qu'elles

status (see Indian and Northern Affairs Canada, *Impacts of the 1985 Amendments to the Indian Act (Bill C-31): Summary Report* (1990)). Aboriginal women who married outside their band became members of their husband's band. See, for example, *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, ss. 12 and 14, now repealed. Legislation depriving Aboriginal women of Indian status has a long history. The involuntary loss of status by Aboriginal women and children began in Upper and Lower Canada with the passage of *An Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in the Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26. A woman whose husband "enfranchised" had her status removed along with his. This legislation introduced patriarchal concepts into many Aboriginal societies which did not exist before: see Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991), vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, at pp. 476-79. As the Royal Commission on Aboriginal Peoples stated in *Perspectives and Realities*, *supra*, at p. 26:

In the pre-Confederation period, concepts were introduced that were foreign to Aboriginal communities and that, wittingly or unwittingly, undermined Aboriginal cultural values. In many cases, the legislation displaced the natural, community-based and self-identification approach to determining membership — which included descent, marriage, residency, adoption and simple voluntary association with a particular group — and thus disrupted complex and interrelated social, economic and kinship structures. Patrilineal descent of the type embodied in the *Gradual Civilization Act*, for example, was the least common principle of descent in Aboriginal societies, but through these laws, it became predominant. From this perspective, the *Gradual Civilization Act* was an exercise in government control in deciding who was and was not an Indian.

ont épousé des hommes qui n'avaient pas ce statut (voir Affaires Indiennes et du Nord canadien, *Répercussions des modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 (Projet de loi C-31): Rapport sommaire* (1990)). Les femmes autochtones qui épousaient un membre d'une autre bande devenaient membres de cette bande. Voir, par exemple, la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 12 et 14, maintenant abrogés. Les mesures législatives dépouillant les femmes autochtones de leur statut d'Indiennes ont une longue histoire. La perte involontaire de ce statut par les femmes et les enfants autochtones a débuté au Haut-Canada et au Bas-Canada par suite de l'adoption de l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., ch. 26. La femme dont le mari s'était «émancipé» perdait son statut en même temps que lui. Cette loi a introduit dans de nombreuses sociétés autochtones des concepts patriarcaux qui leur étaient jusque-là étrangers: voir Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991), vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, aux pp. 476 à 479. Dans *Perspectives et réalités*, *op. cit.*, à la p. 28, la Commission royale sur les peuples autochtones a affirmé ceci:

Durant la période antérieure à la Confédération, des notions pourtant étrangères aux collectivités autochtones et qui, délibérément ou non, sapèrent leurs valeurs culturelles ont été adoptées. Dans bien des cas, les textes de loi ont supprimé les modes d'établissement de l'appartenance, des modes naturels, communautaires et fondés sur l'auto-identification dont les critères comprenaient la filiation, le mariage, le domicile, l'adoption et l'association volontaire simple à un groupe particulier. Ce faisant, ils ont perturbé des structures sociales, économiques et familiales complexes et interdépendantes. Ainsi, la filiation patrilinéaire du genre mentionné dans l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle* était la forme la moins répandue de filiation dans les sociétés autochtones. Par l'effet de ces lois, la filiation patrilinéaire est devenue le mode prédominant de transmission. Considéré sous cet angle, l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle* constituait une tentative de l'État pour déterminer qui était ou n'était pas Indien.

This continued in the *Gradual Enfranchisement Act*, S.C. 1869, c. 6. This legislation, for the first time, instituted the policy that women who married men without Indian status lost their own status, and their children would not receive status. The rationale for these policies, given at the time, focussed on concerns about control over reserve lands, and the need to prevent non-Indian men from gaining access to them (*Perspectives and Realities*, *supra*, at p. 27). These policies were continued and expanded upon with the passage of the *Indian Act* in 1876, and amendments to it in subsequent years, particularly a major revision that took place in 1951.

Cette tendance s'est poursuivie par l'adoption de l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*, S.C. 1869, ch. 6. C'est cette loi qui, pour la première fois, a établi la politique suivant laquelle les femmes indiennes qui épousaient un homme n'ayant pas le statut d'Indien perdaient leur statut et leurs enfants n'y avaient pas droit. Les raisons invoquées à l'époque pour justifier ces politiques étaient principalement des préoccupations concernant le contrôle des terres des réserves et la nécessité d'empêcher les hommes non indiens de s'y établir (*Perspectives et réalités*, *op. cit.*, à la p. 29). Ces politiques ont été maintenues et élargies par l'adoption de l'*Acte des Sauvages* en 1876, et les modifications qui y ont été apportées subséquentement, en particulier par suite de la révision majeure de cette loi en 1951.

87 The 1951 legislation was challenged under the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (reprinted in R.S.C., 1985, App. III), in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349. The majority of this Court, using an approach to equality that was later rejected in *Andrews*, *supra*, held that the provisions did not violate the right to equality in the *Canadian Bill of Rights* and that even if they did, they could not be struck down as inconsistent with it.

La loi de 1951 a été contestée en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. (1985), app. III), dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349. Adoptant en matière d'égalité une approche qui a par la suite été rejetée dans l'arrêt *Andrews*, précité, notre Cour à la majorité a jugé que les dispositions contestées ne portaient pas atteinte au droit à l'égalité garanti par la *Déclaration canadienne des droits* et que, même si c'était le cas, elles ne pouvaient pas être déclarées inopérantes pour cause d'incompatibilité avec ce droit.

88 These were not the only people who lost their status. The enfranchisement provisions of the *Indian Act* were designed to encourage Aboriginal people to renounce their heritage and identity, and to force them to do so if they wished to take a full part in Canadian society. In order to vote or hold Canadian citizenship, status Indians had to "voluntarily" enfranchise. They were then given a portion of the former reserve land in fee simple, and they lost their Indian status. At various times in history, status Indians who received higher education, or became doctors, lawyers, or ministers were automatically enfranchised. Those who wanted to be soldiers in the military during the two World Wars were required to enfranchise themselves and their whole families, and those who left the country for

Ces personnes n'ont pas été les seules à perdre leur statut. Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'émancipation étaient conçues pour encourager les autochtones à renoncer à leur patrimoine et à leur identité, ainsi que pour les contraindre à le faire s'ils désiraient participer pleinement à la société canadienne. Pour pouvoir voter ou obtenir la citoyenneté canadienne, les Indiens inscrits devaient s'émanciper «volontairement». Ils se voyaient alors attribuer en fief simple une partie des anciennes terres de réserve, et ils perdaient leur statut d'Indien. À diverses périodes de l'histoire, les Indiens inscrits qui avaient poursuivi des études supérieures ou étaient devenus médecins, avocats ou ministres du culte étaient émancipés automatiquement. Ceux qui voulaient s'enrôler durant les

more than five years without permission also lost Indian status. (See L. Gilbert, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada* (1996), at pp. 23-30.)

This history shows that Aboriginal policy, in the past, often led to the denial of status and the severing of connections between band members and the band. It helps show why the interest in feeling and maintaining a sense of belonging to the band free from barriers imposed by Parliament is an important one for all band members, and especially for those who constitute a significant portion of the group affected, who have been directly affected by these policies and are now living away from reserves, in part, because of them.

All these facts emphasize the importance, for band members living off-reserve, of having their voices included when band leadership is chosen through a process of common suffrage as set out in this legislation. They show why the interest in s. 77(1) is a fundamental one, and why the denial of voting rights in this context has serious consequences from the perspective of those affected. They show why there is not only economic, but also important societal significance to the interests affected by the differential treatment contained in s. 77(1): *Law, supra*, at para. 74.

(d) *Conclusions on the Third Stage of Analysis*

In summary, therefore, a contextual view of the people affected and the differential treatment in question leads to the conclusion that this legislative distinction conflicts with the purposes of s. 15(1). The people affected by this distinction, in general, are vulnerable and disadvantaged. They experience stereotyping and disadvantage as Aboriginal people and band members living away

deux Guerres mondiales devaient s'émanciper avec toute leur famille, et ceux qui s'absentaient du pays pendant plus de cinq ans sans permission perdaient eux aussi leur statut d'Indien. (Voir L. Gilbert, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada* (1996), aux pp. 23 à 30.)

Ce rappel historique montre que la politique appliquée à l'égard des autochtones dans le passé a souvent eu pour effet de les priver de leur statut et de rompre les liens qui rattachaient les membres d'une bande à celle-ci. Cet historique aide à démontrer pourquoi le droit d'éprouver et de maintenir un sentiment d'appartenance à leur bande, libre de tout obstacle imposé par le Parlement, est particulièrement important pour tous les membres des bandes, spécialement pour ceux qui constituent une partie considérable du groupe concerné, qui ont été directement touchés par ces politiques et qui, aujourd'hui, vivent en dehors des réserves, en partie à cause des politiques en question.

Tous ces faits font ressortir l'importance, pour les membres hors réserve des bandes indiennes, d'avoir voix au chapitre lorsque les dirigeants de la bande sont choisis par la procédure de scrutin ordinaire prévue par le texte de loi en cause. Ils montrent pourquoi le droit visé au par. 77(1) est un droit fondamental, et pourquoi le déni du droit de vote dans ce contexte a des conséquences sérieuses du point de vue des personnes touchées. Ces faits montrent en quoi les droits touchés par la différence de traitement établie au par. 77(1) revêtent de l'importance non seulement sur le plan économique, mais également sur le plan social: *Law, précité*, au par. 74.

d) *Les conclusions au terme de la troisième étape de l'analyse*

En résumé donc, l'analyse contextuelle des personnes touchées et de la différence de traitement en question amène à conclure que la distinction établie par la loi est incompatible avec les objectifs du par. 15(1). Les personnes touchées par cette distinction sont, en général, vulnérables et défavorisées. Elles font l'objet de stéréotypes et souffrent de désavantages à la fois comme Autochtones et

89

90

91

from reserves. They form part of a “discrete and insular minority” defined by race and residence, and it is more likely that further disadvantage will have a discriminatory impact upon them. Second, the distinction in question does not correspond with the characteristics or circumstances of the claimants and on-reserve band members in a manner which “respects and values their dignity and difference”: *Law, supra*, at para. 28. The powers of the band council affect cultural, political, and financial interests and needs that are shared by band members living on and off the reserve. Third, the nature of the interests affected is fundamental. Given the form of representative democracy provided for in the *Indian Act*, failure to give any voice in that process to certain members of the band affects an important attribute of membership, and places a barrier between them and a community which has particular importance to them. The council and electors also make decisions about important financial, cultural, and political interests of the members that have important significance within the band and Canadian society. Finally, the interest affected is also significant because of the ways in which, in the past, ties between band members and the band or reserve have been involuntarily or reluctantly severed. Those affected or their parents may have left the reserve for many reasons that do not signal a lack of interest in the reserve given the various historical circumstances surrounding reserve communities in Canada such as an often inadequate land base, a serious lack of economic opportunities and housing, and the operation of past Indian status and band membership rules imposed by Parliament.

comme membres hors réserve des bandes indiennes. Elles font partie d’une «minorité discrète et isolée» qui est définie par la race et le lieu de résidence, et il est vraisemblable que l’imposition de désavantages additionnels aura sur elles un effet discriminatoire. Deuxièmement, la distinction en question ne correspond ni aux caractéristiques ni à la situation des demandeurs et des membres hors réserve des bandes indiennes d’une manière qui «respecte et valorise leur dignité et leur différence»: *Law*, précité, au par. 28. Les pouvoirs des conseils de bande ont une incidence sur des droits et besoins économiques, culturels et politiques que partagent les membres qui habitent les réserves et ceux qui vivent à l’extérieur de celles-ci. Troisièmement, la nature des droits touchés est fondamentale. Compte tenu de la forme de démocratie représentative prévue par la *Loi sur les Indiens*, le fait de ne pas donner à certains membres de la bande la possibilité de s’exprimer dans le cadre de ce processus a des conséquences sur un attribut important de l’appartenance à la bande, et crée un obstacle entre ces personnes et une communauté qui a une importance particulière pour celles-ci. Le conseil et les électeurs prennent également des décisions touchant des droits économiques, culturels et politiques qui sont importants pour les membres et qui ont une portée considérable au sein de la bande et de la société canadienne. Enfin, le droit touché est également important en raison des diverses façons par lesquelles les liens qui unissaient des membres d’une bande à celle-ci ou à la réserve ont, volontairement ou à contrecœur, été rompus dans le passé. Il est possible que les personnes touchées ou leurs parents aient quitté la réserve pour des raisons qui ne témoignent pas d’un manque d’intérêt envers la réserve, compte tenu des diverses circonstances qui, historiquement, ont caractérisé la vie des communautés habitant les réserves au Canada, telles que des assises territoriales souvent insuffisantes, de graves pénuries de logement et de possibilités de développement économique et l’application des anciennes règles imposées par le Parlement qui régissaient le statut Indien et l’appartenance aux bandes.

In the context of this vulnerable group, and these important interests, this distinction reinforces

Dans le contexte de ce groupe vulnérable et compte tenu de ces droits importants, cette

the stereotype that band members who do not live on reserves are “less Aboriginal”, and less valuable members of their bands than those who do. A reasonable person in the position of the claimants, fully apprised of the context, would see the differential treatment contained in s. 77(1) as suggesting that off-reserve band members are less worthy or valuable as band members and members of Canadian society, and giving them less concern, respect and consideration than band members living on reserves. Based upon this finding of discriminatory impact, the third stage of analysis, the identification of discrimination based on a violation of substantive equality and human dignity in the circumstances of this case, has been satisfied.

The factors discussed above outline the context surrounding the differential treatment contained in s. 77(1) of the *Indian Act*. This case involves people who have generally experienced significant historical disadvantage, and interests that are particularly important to those affected by the legislation. Taken together, they lead to a finding that from a subjective-objective perspective, the differential treatment in question violates off-reserve band members' equality rights. Yet neither of these factors should be seen as essential to my conclusions. I would also note that my discussion of the general history of off-reserve band members does not suggest that the conclusion that this legislation violates s. 15(1) would not apply to a band affected by s. 77(1) whose off-reserve members had a different composition or history from that of the general population of off-reserve band members in Canada. Every case of alleged discrimination, of course, must be considered in its own legislative and social context to determine whether it violates the constitutional rights of those affected, but in this case, both the general disadvantage and vulnerability of those affected, and the importance to

distinction renforce le stéréotype selon lequel les membres des bandes indiennes qui n'habitent pas les réserves sont des personnes «moins autochtones» que celles qui y vivent, et qu'elles ne sont pas des membres aussi valables de leur bande respective que les habitants de la réserve. Une personne raisonnable, placée dans la situation des demandeurs et bien informée du contexte, considérerait que la différence de traitement prévue au par. 77(1) tend à indiquer que les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas des personnes aussi valables ou dignes de reconnaissance en tant que membres d'une bande et membres de la société canadienne que ne le sont les membres habitant les réserves, et qu'elle leur accorde moins d'intérêt, de respect et de considération qu'à ces derniers. Suivant cette conclusion qui reconnaît l'existence d'un effet discriminatoire, il a été satisfait à la troisième étape de l'analyse, c'est-à-dire la détermination de l'existence, dans les circonstances de l'espèce, de discrimination fondée sur une violation de la dignité humaine et du droit à l'égalité réelle.

Les facteurs examinés précédemment délimitent le contexte de la différence de traitement prévue au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*. L'affaire dont nous sommes saisis porte sur des personnes qui ont généralement souffert d'importants désavantages historiques, et sur des droits particulièrement importants pour les personnes touchées par la disposition législative contestée. Tous ces facteurs réunis amènent à conclure que, d'un point de vue subjectif-objectif, cette différence de traitement porte atteinte aux droits à l'égalité des membres hors réserve des bandes indiennes. Toutefois, aucun de ces facteurs ne devrait être considéré essentiel à mes conclusions. Je souligne également que l'examen que j'ai fait de l'histoire générale de la situation des membres hors réserve ne tend pas à indiquer que la conclusion — que la disposition législative contestée contrevient au par. 15(1) — ne s'appliquerait pas dans le cas d'une bande visée par le par. 77(1) dont le groupe des membres hors réserve serait, par sa composition ou son histoire, différent de la population générale des membres hors réserve des bandes indiennes au Canada. Chaque allégation de discrimination doit, évidem-

all band members of the affected interests are compelling factors in my conclusions at the third stage of analysis.

94

The above analysis also does not suggest that any distinction between on-reserve and off-reserve band members would be stereotypical, interfere with off-reserve members' dignity, or conflict with the purposes of s. 15(1). There are clearly important differences between on-reserve and off-reserve band members, which Parliament could legitimately recognize. Taking into account, recognizing, and affirming differences between groups in a manner that respects and values their dignity and difference are not only legitimate, but necessary considerations in ensuring that substantive equality is present in Canadian society. The current powers of the band council, as discussed earlier, include some powers that are purely local, affecting matters such as taxation on the reserve, the regulation of traffic, etc. In addition, those living on the reserve have a special interest in many decisions made by the band council. For example, if the reserve is surrendered, they must leave their homes, and this affects them in a direct way it does not affect non-residents. Though non-residents may have an important interest in using them, educational or recreational services on the reserve are more likely to serve residents, particularly if the reserve is isolated or the non-residents live far from it. Many other examples can be imagined.

95

Recognizing non-residents' right to substantive equality in accordance with the principle of respect

ment, être examinée à la lumière du contexte social et législatif qui lui est propre afin de déterminer s'il y a atteinte aux droits constitutionnels des personnes touchées. Cependant, en l'espèce, tant le désavantage général et la vulnérabilité des personnes concernées, que l'importance pour les membres des bandes des droits touchés sont des facteurs décisifs dans mes conclusions à la troisième étape de l'analyse.

L'analyse qui précède n'indique pas non plus que toute distinction entre les membres hors réserve des bandes indiennes et les membres habitant les réserves constituerait un stéréotype, porterait atteinte à la dignité des membres hors réserve ou serait incompatible avec les objectifs visés par le par. 15(1). Il existe clairement entre les membres des bandes vivant hors réserve et ceux qui habitent les réserves des différences importantes que le Parlement pourrait légitimement reconnaître. La prise en compte, la reconnaissance et la confirmation des différences qui existent entre divers groupes d'une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence sont des considérations non seulement légitimes mais également nécessaires afin de garantir l'égalité réelle des droits dans la société canadienne. Les pouvoirs dont sont actuellement investis les conseils de bande comprennent, comme on l'a vu précédemment, certains pouvoirs de nature purement locale concernant des questions telles que l'imposition de taxes et la réglementation de la circulation dans la réserve. De plus, les personnes vivant dans une réserve ont un intérêt particulier dans bien des décisions prises par le conseil de leur bande. Par exemple, si la réserve est cédée, ils doivent quitter leur domicile, situation qui a sur eux une incidence qu'elle n'a pas sur les non-résidents. Bien que les non-résidents puissent avoir un intérêt important à se prévaloir des services scolaires et récréatifs offerts dans la réserve, il y a plus de chance que ceux-ci servent les résidents, en particulier si la réserve est isolée ou si les non-résidents habitent loin de celle-ci. Il est possible d'imaginer bon nombre d'autres exemples.

Pour que soit reconnu le droit des non-résidents à l'égalité réelle conformément au principe du

for human dignity, therefore, does not require that non-residents have identical voting rights to residents. Rather, what is necessary is a system that recognizes non-residents' important place in the band community. It is possible to think of many ways this might be done, while recognizing, respecting, and valuing the different positions, needs, and interests of on-reserve and off-reserve band members. One might be to divide the "local" functions which relate purely to residents from those that affect all band members and have different voting regimes for these functions. A requirement of a double majority, or a right of veto for each group might also respect the full participation and belonging of non-residents. There might be special seats on a band council for non-residents, which give them meaningful, but not identical, rights of participation. The solution may be found in the customary practices of Aboriginal bands. There may be a separate solution for each band. Many other possibilities can be imagined, which would respect non-residents' rights to meaningful and effective participation in the voting regime of the community, but would also recognize the somewhat different interests of residents and non-residents. However, without violating s. 15(1), the voting regime cannot, as it presently does, completely deny non-resident band members participation in the electoral system of representation. Nor can that participation be minimal, insignificant, or merely token.

Therefore, I conclude that the present wording of s. 77(1) violates the right to equality without discrimination of the off-reserve members of bands affected by it. This finding is a general one, and is in no way related to the specific situation of the Batchewana Band. Since the provision has been found to be discriminatory as it applies to all bands

respect de la dignité humaine, il n'est donc pas indispensable que ces personnes jouissent exactement des mêmes droits de vote que les résidents. Ce qu'il faut, c'est plutôt un système qui tienne compte de la place importante des non-résidents au sein de la bande. Il est possible d'imaginer plusieurs moyens d'établir un tel système, tout en reconnaissant, respectant et valorisant les différences qui caractérisent la situation, les besoins et les intérêts des membres vivant hors des réserves et de ceux qui y résident. Une solution pourrait être de séparer les fonctions «locales» qui concernent purement les résidents de celles qui touchent l'ensemble des membres de la bande, et d'accorder des droits de vote différents à l'égard de ces diverses fonctions. Le fait d'exiger une double majorité ou d'accorder un droit de veto à chaque groupe pourrait également être un autre moyen de respecter pleinement le droit d'appartenance et de pleine participation des non-résidents. Des sièges au conseil pourraient être réservés aux non-résidents, ce qui leur assurerait un droit de participation concret mais non identique. La solution réside peut-être dans les coutumes des bandes autochtones. Elle pourrait différer d'une bande à l'autre. Il est possible d'imaginer bien d'autres solutions qui respecteraient le droit des non-résidents de participer concrètement et efficacement au régime électoral de la communauté, tout en reconnaissant les intérêts quelque peu différents de ceux-ci et des résidents. Toutefois, le régime de droit de vote ne peut pas, comme il le fait maintenant, nier complètement aux membres non-résidents des bandes indiennes le droit de participer au système électoral de représentation sans entraîner la violation du par. 15(1). Cette participation ne saurait non plus être minimale, insignifiante ou uniquement symbolique.

Par conséquent, je conclus que le libellé actuel du par. 77(1) porte atteinte au droit à l'égalité, sans discrimination, des membres hors réserve des bandes visées par cette disposition. Cette conclusion a une portée générale et ne se rapporte aucunement à la situation particulière de la bande de Batchewana. Comme la disposition a été jugée discriminatoire dans son application générale à l'ensemble des bandes qu'elle vise, il n'est pas

affected by it, there is no need to consider the specific circumstances of the Batchewana Band.

#### D. Section 1

<sup>97</sup> This Court's approach to s. 1 of the *Charter* was set out by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It was refined and summarized by Iacobucci J. in *Egan, supra*, at para. 182:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable. [Emphasis added.]

This articulation of the proper approach was endorsed in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, in *Vriend, supra*, at para. 108, and in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 76, *per* Iacobucci J.

<sup>98</sup> Throughout the s. 1 analysis, it must be remembered that it is the right to substantive equality and the accompanying violation of human dignity that has been infringed when a violation of s. 15(1) has been found. Even when the interests of various disadvantaged groups are affected, s. 15(1) mandates that government decisions must be made in a manner that respects the dignity of all of them, recognizing all as equally capable, deserving, and worthy of recognition. The fact that various minorities or vulnerable groups may have competing interests cannot alone constitute a justification for treating any of them in a substantively unequal manner, nor can it relieve the government of its

nécessaire d'examiner la situation spécifique de la bande de Batchewana.

#### D. L'article premier

L'approche de notre Cour à l'égard de l'article premier de la *Charte* a été énoncée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Cette approche a été précisée et résumée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 182:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier. [Je souligne.]

Cette formulation de l'approche appropriée a été approuvée dans les arrêts *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 84; dans *Vriend*, précité, au par. 108; et dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 76, motifs du juge Iacobucci.

Tout au long de l'analyse fondée sur l'article premier, il faut se rappeler que, lorsqu'un tribunal conclut à la violation du par. 15(1) et à la violation de la dignité humaine qui s'ensuit, c'est au droit à l'égalité réelle qu'il a été porté atteinte. Même lorsque les intérêts de différents groupes défavorisés sont touchés, le par. 15(1) exige que les décisions du gouvernement soient prises de manière à respecter la dignité de chacun de ces groupes en tenant compte du fait qu'ils sont tous également capables, méritants et dignes de reconnaissance. Le fait que diverses minorités ou différents groupes vulnérables puissent avoir des intérêts opposés ne peut à lui seul justifier de traiter l'un ou l'autre

burden to justify a violation of a *Charter* right on a balance of probabilities: see *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 88, *per* Bastarache J.

The first task is to determine the objective of the impugned law and whether it is pressing and substantial. In *Vriend, supra*, Iacobucci J. discussed the proper characterization of the objective of the impugned legislation, at paras. 110 and 111:

Section 1 of the *Charter* states that it is the limits on *Charter* rights and freedoms that must be demonstrably justified in a free and democratic society. It follows that under the first part of the *Oakes* test, the analysis must focus upon the objective of the impugned limitation, or in this case, the omission. . . .

However, in my opinion, the objective of the omission cannot be fully understood in isolation. It seems to me that some consideration must also be given to both the purposes of the Act as a whole and the specific impugned provisions so as to give the objective of the omission the context that is necessary for a more complete understanding of its operation in the broader scheme of the legislation. [Emphasis in original.]

Therefore, it is the objective of the restriction of voting rights to band members ordinarily resident on the reserve that must be considered in this case, although this must be considered along with the purpose of the *Indian Act* as a whole for a complete understanding of the broader scheme of the legislation. It must be remembered that in the case of equality rights, the legislative objective must be sufficiently pressing and substantial to justify a law that has been found to violate the essential human dignity and freedom of those possessed of similar characteristics to the claimants. In this case, Parliament's objective is properly classified as ensuring that those with the most immediate and direct connection with the reserve have a special ability to control its future. This objective, in my opinion, is pressing and substantial. It accords with *Charter* values, by recognizing the important

d'une façon inégale dans les faits, ni dégager le gouvernement de son obligation de justifier la violation d'un droit reconnu par la *Charte* selon la prépondérance des probabilités: voir *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 88, motifs du juge Bastarache.

La première tâche consiste donc à dégager l'objectif du texte de loi contesté et à déterminer s'il est urgent et réel. Dans l'arrêt *Vriend*, précité, le juge Iacobucci a expliqué la façon de qualifier l'objectif du texte de loi contesté, aux par. 110 et 111:

L'article premier de la *Charte* dispose que ce sont les restrictions apportées aux droits et libertés qui y sont garantis dont la justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il s'ensuit que suivant la première partie du critère de l'arrêt *Oakes*, l'analyse doit être axée sur l'objectif de la restriction contestée ou, en l'occurrence, de l'omission. . . .

À mon avis, toutefois, on ne peut appréhender pleinement l'objectif visé par l'omission si on l'analyse isolément. Il me semble qu'il faut prendre également en considération tant les objets de la Loi dans son ensemble que les dispositions particulières contestées, de façon à situer l'objectif de l'omission dans un contexte permettant d'en mieux saisir le sens eu égard à l'économie générale de la loi. [Souligné dans l'original.]

Par conséquent, c'est l'objectif de la restriction du droit de vote aux membres qui résident ordinairement dans la réserve qui doit être examiné en l'espèce, quoique cette restriction doive être considérée en tenant compte de l'objectif de la *Loi sur les Indiens* dans son ensemble, afin de bien saisir le cadre général dans lequel s'inscrit la mesure législative. Il ne faut pas oublier que, dans le cas des droits à l'égalité, l'objectif de la disposition législative contestée doit être suffisamment urgent et réel pour justifier une règle de droit qui porte atteinte à la dignité humaine et à la liberté fondamentales de personnes dotées de caractéristiques semblables à celles des demandeurs. En l'espèce, l'objectif du législateur peut, à juste titre, être décrit comme étant de faire en sorte que ceux qui possèdent les liens les plus directs et les plus immédiats avec la réserve soient habilités de façon

dignity and autonomy interest in one's home and livelihood, and the connection band members feel to their land. Through this provision, Parliament is also moderating the interests of groups with different and possibly conflicting interests.

101 Turning to the proportionality analysis, restricting the vote to those living on the reserve is rationally connected to Parliament's objective. Although both band members living on- and off-reserve have interests in many of the functions determined by voting rights, those living on the reserve do have a more direct interest in many of the band council's functions. In terms of the "local" functions of the band council, they are the only people with an interest. In relation to functions that affect the future of the land or the building of facilities on the reserve, on-reserve band members, in general, have a more direct interest in the decisions of the band council. Decisions about reserve lands affect their current living space, and a decision to surrender the reserve would mean that they would be forced to move from their homes and, in many cases, from their source of earning a livelihood. This statement is not meant to suggest that non-residents would be more likely to surrender the reserve or to make decisions that are not in the interest of the band as a whole, but rather to recognize that those who live on the reserve have particular interests in the land, given current circumstances.

102 By ensuring that only those who live on the reserve can vote in relation to all of the band council's functions, s. 77(1) gives them control over the future directions that the band will take, and over decisions about the reserve land on which they live. Excluding non-residents from voting is connected to the objective because, by denying all

particulière à décider de son avenir. Il s'agit, à mon avis, d'un objectif urgent et réel. Il est compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte* puisqu'il reconnaît, d'une part, l'importance que revêt pour un individu son foyer et son gagne-pain du point de vue de son droit à la dignité et à l'autonomie, et, d'autre part, l'attachement des membres de la bande à leur territoire. Cette disposition permet également au Parlement de concilier les intérêts différents et possiblement opposés de divers groupes.

Pour ce qui est du critère de la proportionnalité, la restriction du droit de vote aux résidents de la réserve a un lien rationnel avec l'objectif du Parlement. Bien que les membres des bandes habitant les réserves et ceux qui vivent hors de celles-ci soient touchés par bon nombre des fonctions caractérisées par le droit de vote, ceux qui habitent les réserves ont effectivement un intérêt plus direct dans bien des fonctions du conseil de bande. En ce qui a trait aux fonctions «locales» du conseil de bande, ils sont les seuls à avoir un intérêt. Quant aux fonctions influant sur l'avenir des terres de la réserve ou la construction d'installations dans la réserve, les membres qui résident dans celle-ci ont, en général, un intérêt plus direct et immédiat dans les décisions du conseil de bande. Les décisions concernant les terres de la réserve touchent de façon immédiate le lieu où ils vivent, et la décision de céder la réserve entraînerait pour eux l'obligation de quitter leur domicile et, dans bien des cas, d'abandonner leur gagne-pain. Cette constatation ne saurait suggérer que les non-résidents seraient plus enclins à céder la réserve ou à prendre des décisions qui ne seraient pas dans l'intérêt de l'ensemble de la bande, mais elle reconnaît plutôt que, dans les circonstances actuelles, ceux qui vivent dans la réserve ont des intérêts particuliers dans les terres qui la composent.

En faisant en sorte que seules les personnes vivant dans les réserves puissent voter relativement à toutes les fonctions du conseil de bande, le par. 77(1) leur accorde un droit de regard sur les orientations futures de la bande et sur les décisions concernant les terres de la réserve qu'ils habitent. L'exclusion des non-résidents du régime de droit

others a vote, the legislation ensures that those with the most direct and immediate interest, residents, maintain voting control over the decisions that will affect the future of the reserve.

However, those seeking to uphold this law have not demonstrated that a complete exclusion of non-residents from the right to vote, which violates their equality rights, constitutes a minimal impairment of these rights. Indeed, they have not shown that any infringement of the respondents' equality rights is necessary to achieve this purpose. As I outlined earlier, the guarantee of equality does not require that on- and off-reserve band members be treated the same, and respecting the rights of dignity and belonging of off-reserve band members need not mean ignoring the particular interest of residents in decisions affecting the reserve. I discussed several possible solutions above, which would respect the dignity of off-reserve band members, but would not stereotype them or otherwise violate their right to substantive equality. The appellants have not shown why solutions like special majorities, representative band councils not based directly on population, dividing the local functions from the broader powers of the band council, or other solutions that would not have the effect of suggesting off-reserve band members are less worthy of concern, respect, and consideration could not accomplish this objective.

The appellant Her Majesty the Queen suggests that the current model meets the criterion of minimal impairment because of the administrative difficulties and costs involved in setting up, for example, a two-tiered council where one tier would deal with local issues and the other with issues affecting all band members, or in maintaining a voter's list and conducting elections where the electorate may be widely dispersed. Even

de vote est liée à l'objectif parce que, en privant toutes ces personnes du droit de vote, la loi garantit que ceux qui ont l'intérêt le plus direct et le plus immédiat, en l'occurrence les résidents, conservent, par l'exercice du droit de vote, le pouvoir sur les décisions intéressant l'avenir de la réserve.

Toutefois, ceux qui demandent le maintien de cette disposition législative n'ont pas démontré que le fait de priver complètement les non-résidents de leur droit de vote, mesure qui contrevient à leurs droits à l'égalité, porte le moins possible atteinte à ces droits. De fait, ils n'ont pas prouvé qu'il soit nécessaire de porter atteinte de quelque manière que ce soit aux droits à l'égalité pour réaliser cet objectif. Comme je l'ai expliqué auparavant, la garantie d'égalité ne commande pas que les membres habitant la réserve et les membres vivant hors réserve soient traités de la même façon, et le respect du droit des membres hors réserve d'appartenir à la bande et de leur droit à la dignité n'a pas à se traduire par l'absence de prise en compte de l'intérêt particulier des résidents dans les décisions touchant la réserve. J'ai fait état précédemment de plusieurs solutions possibles, qui respecteraient la dignité des membres hors réserve sans leur attribuer de stéréotypes ou porter atteinte de quelque autre manière à leur droit à l'égalité réelle. Les appelantes n'ont pas établi en quoi des solutions comme les majorités qualifiées, les conseils de bande dont la composition ne refléterait pas directement la population de la réserve, la dissociation des fonctions locales du conseil de bande de ses pouvoirs plus généraux ou d'autres solutions qui n'auraient pas pour effet de suggérer que les membres de la bande vivant hors réserve sont moins dignes d'intérêt, de respect et de considération, ne permettraient pas de réaliser cet objectif.

L'appelante Sa Majesté la Reine prétend que le régime existant respecte le critère de l'atteinte minimale en raison des difficultés administratives et des coûts qu'entraîneraient, par exemple, la mise sur pied d'un conseil à deux paliers, dont l'un aurait compétence sur les questions locales et l'autre sur celles touchant l'ensemble des membres de la bande, ou encore l'établissement et le maintien d'une liste électorale et la tenue d'élections

assuming that such costs could legitimately constitute a s. 1 justification, these arguments are unconvincing. It must be remembered that the burden of justifying limitations on constitutional rights is upon the government. The government has presented no evidence to show that a system that would respect equality rights is particularly expensive or difficult to implement. Rather, there are many possible solutions that would not be difficult to administer, but would require a creative design of an electoral system that would balance the rights involved. Change to any administrative scheme so it accords with equality rights will always entail financial costs and administrative inconvenience. The refusal to come up with new, different, or creative ways of designing such a system, and to find cost-effective ways to respect equality rights cannot constitute a minimal impairment of these rights. Though the government argues that these costs should not be imposed on small communities such as the Batchewana Band, the possible failure, in the future, of the government to provide Aboriginal communities with additional resources necessary to implement a regime that would ensure respect for equality rights cannot justify a violation of constitutional rights in its legislation.

105 Since this legislation does not minimally impair the respondents' equality rights, I agree with Strayer J. and the Court of Appeal that it is not justified under s. 1 of the *Charter*.

#### E. *Remedy*

106 I turn now to the question of the appropriate remedy. The remedial question raises four issues:

(1) whether the appropriate remedy is one that should apply to the Batchewana Band, or to

lorsque l'électorat est très dispersé. À supposer même que de tels coûts puissent légitimement constituer une justification au regard de l'article premier, ces arguments ne sont pas convaincants. Il faut se rappeler que c'est au gouvernement qu'incombe le fardeau de justifier les restrictions apportées aux droits garantis par la Constitution. Or, le gouvernement n'a présenté aucune preuve tendant à montrer qu'un système respectant les droits à l'égalité serait particulièrement coûteux ou difficile d'application. Au contraire, il existe plusieurs solutions possibles qui ne comporteraient pas de difficultés d'administration, mais exigeraient évidemment un effort de créativité afin de concevoir un système électoral mettant en équilibre les droits en cause. La modification de tout régime administratif afin qu'il respecte les droits à l'égalité entraîne inmanquablement des coûts et des inconvénients d'ordre administratif. Le refus de trouver des moyens nouveaux, différents ou inventifs de mettre en place un tel système, ainsi que des solutions rentables pour respecter les droits à l'égalité ne saurait constituer une atteinte minimale à ces droits. Bien que le gouvernement soutienne qu'il ne faille pas imposer de tels coûts à de petites communautés telle la bande de Batchewana, la possibilité que, dans l'avenir, il ne mette pas à la disposition des communautés autochtones les ressources additionnelles nécessaires pour mettre en place un régime qui garantirait le respect des droits à l'égalité, ne saurait justifier la violation de droits constitutionnels dans une disposition législative relevant de son autorité.

Puisque la disposition législative contestée ne porte pas atteinte le moins possible aux droits à l'égalité des intimés, je souscris à la conclusion du juge Strayer et de la Cour d'appel fédérale qu'elle n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

#### E. *La réparation*

Je passe maintenant à la question de la réparation convenable. Celle-ci soulève quatre sous-questions:

(1) Est-ce que la réparation convenable est une réparation qui devrait s'appliquer à la bande de

the section in its general application across Canada;

- (2) whether the appropriate declaration is one of invalidity or “reading in”;
- (3) whether the declaration should be suspended for a period of time, and, if so, for how long;
- (4) if there is a suspension of the declaration, whether the Batchewana Band will be exempted from this suspension.

Both courts below confined their remedy to the Batchewana Band. Strayer J.’s order applied only to the Batchewana Band, and specified that s. 77(1) was unconstitutional only in its effects on certain of the provisions of the *Indian Act*. The Court of Appeal granted a constitutional exemption from the application of the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1), for all purposes, to the Batchewana Band. This remedy was granted under s. 24(1) of the *Charter*. The reasons for each of these decisions were different. Strayer J. confined his declaration to the Batchewana Band because the pleadings and evidence related only to that band. The Court of Appeal, in contrast, held that a constitutional exemption was the appropriate remedy, because other bands might be able to demonstrate the existence of an Aboriginal right to control their own voting procedures under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which would, in the case of those bands, make s. 77(1) a valid codification of Aboriginal rights.

There have been various positions taken before this Court as to the appropriate remedy. The respondents support the constitutional exemption granted by the Court of Appeal, and in the alternative, they ask that the offending words in s. 77(1) be declared invalid, that the effect of the declaration be suspended for two years, and that the

Batchewana ou viser la disposition en cause dans son application générale à l’ensemble du Canada?

- (2) La réparation convenable est-elle une déclaration d’invalidité ou l’application d’une interprétation large?
- (3) Est-ce qu’il y a lieu de suspendre la prise d’effet de la déclaration pour un certain temps, et, si oui, pendant combien de temps?
- (4) Est-ce que, en cas de suspension de la prise d’effet de la déclaration, la bande de Batchewana sera exemptée de cette suspension?

Les jugements antérieurs ont limité la portée de la réparation à la bande de Batchewana. L’ordonnance du juge Strayer ne visait que la bande de Batchewana et spécifiait que le par. 77(1) était inconstitutionnel uniquement de par ses effets sur certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*. La Cour d’appel fédérale a accordé à la bande de Batchewana une exemption constitutionnelle, à tous égards, en ce qui a trait à l’application des mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1). Cette réparation a été accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Chacune de ces décisions reposait sur des motifs différents. Le juge Strayer a limité sa déclaration d’invalidité à la bande de Batchewana parce que les actes de procédure et la preuve ne visaient que cette bande. Par contraste, la Cour d’appel fédérale a statué qu’une exemption constitutionnelle était la réparation convenable, car d’autres bandes pourraient être en mesure de démontrer l’existence d’un droit ancestral — visé à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — les habilitant à décider de leur propre procédure de scrutin, ce qui, dans le cas de ces bandes, ferait du par. 77(1) une codification valide de droits ancestraux.

Diverses thèses ont été avancées devant notre Cour en ce qui concerne la réparation convenable. Les intimés plaident le bien-fondé de l’exemption constitutionnelle accordée par la Cour d’appel fédérale et, subsidiairement, ils demandent que le passage attentatoire du par. 77(1) soit déclaré inopérant, que la prise d’effet de cette déclaration soit

Batchewana Band be granted an exemption from the suspension of the declaration. Most interveners who support the position of the respondents argue that the appropriate remedy is a general declaration of invalidity, suspended for a period of time, and an exemption from the suspension for the Batchewana Band.

suspendue pendant deux ans et que la bande de Batchewana soit exemptée de la suspension de la prise d'effet de la déclaration. La plupart des intervenants qui appuient la thèse des intimés affirment que la réparation convenable est une déclaration générale d'invalidité, dont la prise d'effet serait suspendue pendant un certain temps et qui serait assortie d'une exemption de la suspension en faveur de la bande de Batchewana.

109

The appellant Her Majesty the Queen argues that if relief is to be given, the proper remedy is a general declaration of invalidity, together with a suspension of the effect of the declaration for a period of time, rather than a constitutional exemption. The Batchewana Band, too, argues that a constitutional exemption is inappropriate in this case. If the legislation is found to be unconstitutional, the band argues, the appropriate remedy is to make an "interim ruling" that the legislation is unconstitutional. The band asks that the Court make no order in relation to the validity of the legislation at this time, but rather declare the legislation unconstitutional, and order the band, in conjunction with its on- and off-reserve members and with the Minister, to develop its own customary voting rules that would respect the principles of the *Charter*. It argues that at the end of a reporting period, if the legislation has not been changed in the appropriate way, the Court should then make a formal order. In the alternative, it suggests, a suspended declaration of invalidity is appropriate. Finally, the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council argues for a remedy confined to this band, but suggests that if a general declaration of invalidity is made, its effect should be suspended for a period of time, and the government should be ordered to re-negotiate, in good faith, existing treaties with Aboriginal people in order to give them more land and resources to deal with the increase in membership caused by Bill C-31.

L'appelante Sa Majesté la Reine soutient que, s'il y a lieu d'accorder une réparation, celle-ci devrait être une déclaration générale d'invalidité assortie d'une suspension de sa prise d'effet pendant un certain temps, plutôt qu'une exemption constitutionnelle. La bande de Batchewana affirme, elle aussi, qu'une exemption constitutionnelle n'est pas la réparation convenable en l'espèce. Si la disposition législative est jugée inconstitutionnelle, soutient la bande, la réparation convenable consiste à rendre une [TRADUCTION] «décision intérimaire» portant qu'elle est inconstitutionnelle. La bande demande à notre Cour de ne pas rendre d'ordonnance quant à la validité de la disposition législative pour l'instant, mais plutôt de déclarer celle-ci inconstitutionnelle et d'ordonner à la bande d'établir, de concert avec ses membres résidents, ses membres hors réserve et le ministre, ses propres règles relatives au droit de vote fondées sur la coutume et conformes aux principes de la *Charte*. Elle prétend que si, à l'expiration du délai qui serait imparti pour faire rapport, la loi n'avait pas été modifiée de la manière appropriée, la Cour devrait alors rendre une ordonnance formelle. Subsidiairement, elle suggère qu'une déclaration d'invalidité dont la prise d'effet serait suspendue constituerait une réparation convenable. Finalement, l'intervenant Lesser Slave Indian Regional Council sollicite une réparation limitée à cette bande, mais indique que, si une déclaration générale d'invalidité était prononcée, sa prise d'effet devrait être suspendue pendant un certain temps, et qu'il devrait être ordonné au gouvernement de renégocier de bonne foi les traités existants avec les peuples autochtones afin de leur attribuer plus de terres et de ressources afin qu'ils puissent faire face à l'augmentation du nombre de leurs membres causée par le projet de loi C-31.

In determining the appropriate remedy, the Court must be guided by the principles of respect for the purposes and values of the *Charter*, and respect for the role of the legislature: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 700-701; *Vriend, supra*, at para. 148. The first principle was well expressed by Sopinka J. in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104:

In selecting an appropriate remedy under the *Charter* the primary concern of the court must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. This flows from the court's role as guardian of the rights and freedoms which are entrenched as part of the supreme law of Canada.

The first question is whether the appropriate remedy is a constitutional exemption, or one that applies in general. The finding of invalidity above relates not only to the Batchewana Band, but to the legislation in general as it applies to all bands. Therefore, in principle there is no reason that the remedy should be confined to the circumstances of the Batchewana Band. A remedy should normally be as extensive as the violation of equality rights which has been found. The constitutional exemption may apply when it has not been proven that legislation is unconstitutional in general, but that it is unconstitutional in its application to a small subsection of those to whom the legislation applies: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 783; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 629; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 572-73, *per* Lamer C.J., dissenting. This is not the case here.

However, the Court of Appeal held that it would be appropriate to grant a constitutional exemption, since other bands may be able to demonstrate an Aboriginal right to exclude non-residents from decision making, which would affect the analysis of the constitutionality of this provision. With all

Dans la détermination de la réparation convenable, la Cour doit suivre le principe du respect des objectifs visés par la *Charte* et des valeurs qu'elle exprime, ainsi que le principe du respect du rôle du législateur: *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 700 et 701; *Vriend*, précité, au par. 148. Le juge Sopinka a bien exprimé le premier principe dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104:

Dans le choix d'une réparation convenable en vertu de la *Charte*, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif. Voilà ce qui découle du rôle de la cour comme gardienne des droits et libertés consacrés dans la loi suprême du Canada.

La première question consiste à se demander si la réparation convenable est une exemption constitutionnelle ou une réparation d'application générale. La conclusion d'invalidité tirée précédemment vise non seulement la bande de Batchewana mais la mesure législative en général dans son application à toutes les bandes. En conséquence, il n'y a en principe aucune raison de limiter la réparation à la situation de la bande de Batchewana. La portée de la réparation doit normalement être de la même étendue que la violation des droits à l'égalité à laquelle le tribunal a conclu. L'exemption constitutionnelle peut s'appliquer dans les cas où il n'a pas été prouvé que la mesure législative est inconstitutionnelle de façon générale, mais qu'elle l'est dans son application à un petit groupe parmi les personnes auxquelles elle s'applique: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 783; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 629; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 572 et 573, motifs du juge en chef Lamer, dissident. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Toutefois, la Cour d'appel fédérale a décidé qu'il serait opportun d'accorder une exemption constitutionnelle, puisque d'autres bandes pourraient être en mesure de démontrer l'existence d'un droit ancestral les autorisant à exclure les non-résidents du processus décisionnel, ce qui

110

111

112

due respect, a constitutional exemption is not an appropriate remedy in this case. If certain bands can demonstrate an Aboriginal or treaty right to restrict non-residents from voting, this in no way affects the constitutionality of the impugned section of the *Indian Act*. It is the order in council made pursuant to s. 74(1), bringing the band within the application of the *Indian Act's* electoral rules, which would have to be challenged under such a claim. In analysing such a case, it would have to be determined whether an Aboriginal right had been proven, whether the legislation as it then stands infringes that right, and whether that infringement is justified: see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Van der Peet*, *supra*. A court would also be required to examine how s. 25 of the *Charter* functions when Aboriginal rights are challenged, and how it interacts with other interpretive provisions of the *Charter*.

113 Nor would such a remedy be the order most respectful of the equality rights of off-reserve band members. If a constitutional exemption were granted, this would place a heavy burden on off-reserve band members, since it would require those in each band to take legal action to put forward their claim. Equality within bands does not require such a heavy burden on claimants. In addition, establishing as a principle that where s. 35 Aboriginal rights might be involved, equality rights must be determined on a band-by-band basis would make the equality rights of Aboriginal people much harder to uphold than those of others, in certain cases. For these reasons, the appropriate remedy is one that applies to the legislation in general, under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and not one confined to the Batchewana Band.

114 The next issue is what form the general remedy will take. The nature of the violation of equality

influencerait l'analyse de la constitutionnalité de cette disposition. Avec égards, l'exemption constitutionnelle n'est pas la réparation convenable en l'espèce. Si certaines bandes peuvent démontrer l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité leur permettant de priver les non-résidents du droit de vote, cela n'a aucune incidence sur la constitutionnalité du paragraphe contesté de la *Loi sur les Indiens*. Dans le cadre d'une telle demande, c'est alors l'arrêt pris en application du par. 74(1) et ayant pour effet d'assujettir la bande concernée aux règles électorales de la *Loi sur les Indiens* qui devrait être contesté. Dans l'analyse d'un tel cas, il faudrait déterminer si l'existence d'un droit ancestral a été prouvée, si la mesure législative en vigueur à ce moment-là porte atteinte à ce droit et si cette atteinte est justifiée: voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Van der Peet*, précité. Le tribunal saisi de la demande devrait également déterminer de quelle façon l'art. 25 de la *Charte* agit lorsque des droits ancestraux sont contestés et de quelle façon il interagit avec les autres dispositions interprétatives de la *Charte*.

Une telle réparation ne serait pas non plus une décision respectant le plus les droits à l'égalité des membres hors réserve des bandes indiennes. Si une exemption constitutionnelle était accordée, elle imposerait un lourd fardeau à ces membres, puisqu'elle obligerait les membres non résidents de chaque bande à engager une action en justice pour faire valoir leur prétention. L'égalité au sein des bandes ne commande pas qu'un fardeau aussi lourd soit imposé aux demandeurs. En outre, poser le principe selon lequel, lorsqu'il est possible que des droits ancestraux visés à l'art. 35 soient en cause, il faille statuer sur les droits à l'égalité pour chaque bande, les droits à l'égalité des Autochtones seraient alors, dans certains cas, beaucoup plus difficiles à faire respecter que ceux des autres. Pour ces motifs, la réparation convenable est une réparation qui s'applique à la mesure législative en général, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non seulement à la bande de Batchewana.

Il faut maintenant décider de la forme que prendra cette réparation générale. La nature de

rights that has been found in this case is different than any that this Court has addressed before. It has been found that, though it would be legitimate for Parliament to create different voting rights for reserve residents and people living off-reserve, in a manner that recognizes non-residents' place in the community, it is not legitimate for Parliament to completely exclude them from voting rights. This is also a situation where the primary effects of this decision will not be felt by the government, but by the bands themselves. In respecting the role of Parliament, these factors should be critical.

In my opinion, it would be inappropriate for this Court to "read in" to the *Indian Act* voting rights for non-residents so that they would be voters for certain purposes but not others. This would involve considerable detailed changes to the legislative scheme. Designing such a detailed scheme, and choosing among various possible options, is not an appropriate role for the Court in this case (see *M. v. H.*, *supra*, at para. 142, *per* Iacobucci J.).

There are a number of ways this legislation may be changed so that it respects the equality rights of non-resident band members. Because the regime affects band members most directly, the best remedy is one that will encourage and allow Parliament to consult with and listen to the opinions of Aboriginal people affected by it. The link between public discussion and consultation and the principles of democracy was recently reiterated by this Court in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 68: "a functioning democracy requires a continuous process of discussion". The principle of democracy underlies the Constitution and the *Charter*, and is one of the important factors guiding the exercise of a court's remedial discretion. It encourages remedies that allow the democratic process of consultation and dialogue to occur. In P. W. Hogg and A. A. Bushell, "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legisla-

l'atteinte aux droits à l'égalité qui a été constatée en l'espèce est différente de toutes celles qu'a examinées notre Cour jusqu'à maintenant. Il a été jugé que, bien qu'il soit légitime pour le Parlement de créer des droits de vote différents pour les membres qui résident dans les réserves et pour ceux qui vivent en dehors de celles-ci, d'une manière qui reconnaisse la place de ces derniers dans la communauté, il n'est pas légitime pour le Parlement de les priver complètement du droit de vote. Il s'agit également d'une situation où les effets premiers de cette décision ne seront pas ressentis par le gouvernement, mais par les bandes elles-mêmes. Ces facteurs sont cruciaux pour décider du respect à accorder au rôle du législateur.

À mon avis, il ne conviendrait pas que notre Cour donne à la *Loi sur les Indiens* une «interprétation large», qui aurait pour effet d'accorder aux non-résidents un droit de vote les habilitant à se prononcer sur certaines questions mais non sur d'autres. Une telle décision impliquerait des modifications considérables et détaillées au régime établi par la loi. Élaborer un régime aussi détaillé et choisir parmi plusieurs options ne sont pas des rôles appropriés pour notre Cour en l'espèce (voir *M. c. H.*, précité, au par. 142, motifs du juge Iacobucci).

Il existe plusieurs façons de modifier la mesure législative en cause pour qu'elle respecte les droits à l'égalité des membres non résidents des bandes Indiennes. Parce que les membres des bandes sont les plus directement touchés par le régime, la meilleure réparation sera celle qui encouragera le Parlement à consulter les Autochtones concernés ainsi qu'à recueillir leur opinion, et qui lui permettra de le faire. Le lien entre la discussion publique, la consultation et les principes de la démocratie a été réaffirmé récemment par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 68: «le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion». Le principe de la démocratie soutient la Constitution et la *Charte*, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations

115

116

tures (Or Perhaps the *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, the authors characterize judicial review under the *Charter* as a "dialogue" between courts and legislatures. The remedies granted under the *Charter* should, in appropriate cases, encourage and facilitate the inclusion in that dialogue of groups particularly affected by legislation. In determining the appropriate remedy, a court should consider the effect of its order on the democratic process, understood in a broad way, and encourage that process. As Iacobucci J. observed in *Vriend, supra*, at para. 176:

[T]he concept of democracy means more than majority rule as Dickson C.J. so ably reminded us in *Oakes, supra*. In my view, a democracy requires that legislators take into account the interests of majorities and minorities alike, all of whom will be affected by the decisions they make.

117 Constitutional remedies should encourage the government to take into account the interests, and views, of minorities. In this way, the principle of democracy that was recognized as an underlying principle of the Constitution in *Reference re Secession of Quebec, supra*, and was emphasized as an important remedial consideration in *Schachter, supra*, and *Vriend, supra*, will best be given expression.

118 The above principles suggest, in my view, that the appropriate remedy is a declaration that the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) are invalid, and that the effect of this declaration of invalidity be suspended for 18 months. The suspension is longer than the period that would normally be allotted in order to give legislators the time necessary to carry out extensive consultations and respond to the needs of the different groups affected. It will also allow Parliament, if it wishes, to modify s. 77(2) at the same time, which contains the same residency requirement for bands

permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. Dans P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, les auteurs qualifient le contrôle judiciaire au regard de la *Charte* de [TRADUCTION] «dialogue» entre les tribunaux et le législateur. Les réparations accordées en vertu de la *Charte* doivent, dans les cas qui s'y prêtent, encourager et faciliter la participation à ce dialogue des groupes qui sont touchés de façon particulière par la loi en cause. Pour décider de la réparation convenable, le tribunal doit prendre en compte l'effet de son ordonnance sur le processus démocratique, pris au sens large, et encourager ce processus. Comme a fait observer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 176:

[L]a notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde.

Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. C'est ainsi que sera le mieux affirmé le principe de la démocratie, qui a été reconnu comme principe sous-jacent de la Constitution dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, et dont on a souligné l'importance en tant que considération en matière de réparation dans les arrêts *Schachter* et *Vriend*, précités.

À mon avis, les principes susmentionnés tendent à indiquer que la réparation convenable consiste à déclarer invalides les mots «et réside ordinairement sur la réserve» au par. 77(1) et à suspendre pour 18 mois l'effet de cette déclaration d'invalidité. Cette période de suspension des effets est plus longue que celle qui serait normalement accordée, ce afin de donner au législateur le temps nécessaire pour tenir de vastes consultations et répondre aux besoins des différents groupes touchés. Cette mesure permettra également au Parlement, s'il le désire, de modifier par la même occasion le

whose councillors are elected in electoral sections, and which, given the values espoused in this decision, will also require revision to conform with s. 15(1). Severing the offending words from the rest of the statute will ensure that, should Parliament choose not to act, all non-residents will be included as voters under s. 77(1), but the nature of band governance and the requirements for voting will otherwise remain the same.

I recognize that suspending the effect of the declaration, combined with the extension of the suspension for such a long period is, in the words of the Chief Justice in *Schachter, supra*, at p. 716, “a serious matter from the point of view of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation”. However, this best embodies the principles of respect for *Charter* rights and respect for democracy that should guide remedial considerations. Should Parliament decide to change the scheme, it will have an extended period of time in which to consult with those affected by the legislation and balance the affected interests in a manner that respects Aboriginal rights and all band members’ equality interests. Should Parliament not change the scheme, off-reserve band members will gain voting rights within the existing scheme.

I also recognize that some may see the section, with the words “and is ordinarily residence on the reserve” no longer included, as possibly giving rise to other constitutional issues. In ordering this remedy, the Court does not foreclose the possibility that, if Parliament does not act to change the legislation, s. 77(1) or related sections of the *Indian Act*

par. 77(2) qui établit la même obligation de résidence dans le cadre des élections des bandes dont les conseillers sont élus par sections électorales, et qui, compte tenu des valeurs exprimées dans la présente décision, devra également être révisé pour assurer sa conformité avec le par. 15(1). La dissociation des mots attentatoires du reste de la loi permettra de faire en sorte que, au cas où le Parlement choisirait de ne pas agir, tous les non-résidents soient comptés parmi les électeurs pour l’application du par. 77(1), mais que la nature du régime d’administration des affaires des bandes et les conditions d’exercice du droit de vote restent par ailleurs inchangées.

Je reconnais que la suspension de la prise d’effet de la déclaration pour une période aussi longue constitue, suivant les termes utilisés par le Juge en chef dans l’arrêt *Schachter*, précité, à la p. 716, «une question sérieuse du point de vue de l’application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*». Toutefois, il s’agit de la réparation qui incarne le mieux le principe du respect des droits garantis par la *Charte* et celui du respect de la démocratie qui doivent guider le choix de la réparation. Si le Parlement décidait de modifier le régime, il disposera d’un délai convenable pour consulter les personnes touchées par la loi et pour concilier les intérêts en cause d’une manière qui respecte les droits ancestraux ainsi que les droits à la dignité et à l’égalité de l’ensemble des membres des bandes. Si le Parlement décidait de ne pas modifier le régime, les membres vivant hors réserve des bandes Indiennes obtiendront alors le droit de voter dans le cadre du régime actuel.

Je reconnais également que certains considéreront peut-être que, une fois amputé des mots «et réside ordinairement sur la réserve», l’article en cause pourrait soulever d’autres questions constitutionnelles. En ordonnant cette réparation, la Cour n’écarte pas la possibilité que, dans l’éventualité où le Parlement ne modifie pas la loi, le par. 77(1) ou d’autres dispositions connexes de la *Loi sur les Indiens* puissent être contestés en vertu de la

may be the subject of a constitutional challenge by on-reserve band members or others.

Constitution par des membres des bandes indiennes habitant les réserves ou par d'autres personnes.

121 This suspension of the effect of the declaration, along with the extended period of suspension, is ordered to enable Parliament to consult with the affected groups, and to redesign the voting provisions of the *Indian Act* in a nuanced way that respects equality rights and all affected interests, should it so choose. However, should decisions be made during that period without non-residents' involvement that directly affect their interests and which directly prejudice them, it may be that the decisions themselves could be challenged as violations of non-residents' equality rights. The suspension of the effect of the declaration, in other words, is not a suspension of non-residents' equality rights. Decisions must still be made with respect for those rights.

Cette suspension de la prise d'effet de la déclaration pour une durée prolongée est ordonnée afin de donner au Parlement la possibilité de consulter les groupes touchés et de réviser les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives au droit de vote en y apportant les nuances propres à assurer le respect des droits à l'égalité et de tous les intérêts en cause, s'il choisit d'agir ainsi. Toutefois, il convient également de souligner que si, durant cette période, il était pris, sans la participation des membres non résidents, des décisions touchant directement leurs intérêts et leur causant directement préjudice, les décisions elles-mêmes pourraient bien être attaquées pour le motif qu'elles contreviennent aux droits à l'égalité des non-résidents. En d'autres mots, la suspension de la prise d'effet de la déclaration n'est pas une suspension des droits à l'égalité des membres non résidents. Les décisions doivent continuer d'être prises dans le respect de ces droits.

122 The final determination is whether the Batchewana Band will be exempted from the suspension of the effect of the declaration. In general, litigants who have brought forward a *Charter* challenge should receive the immediate benefits of the ruling, even if the effect of the declaration is suspended: see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 20. In my opinion, however, this is one of the exceptional cases where immediate relief should not be given to those who brought the action.

Il ne reste plus qu'à décider s'il y a lieu d'exempter la bande de Batchewana de la suspension de la prise d'effet de la déclaration. En général, les plaideurs qui ont présenté une contestation fondée sur la *Charte* doivent profiter des avantages immédiats de la décision, même si la prise d'effet de la déclaration est suspendue: voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, au par. 20. À mon avis, cependant, la présente affaire est l'un de ces cas exceptionnels où une réparation immédiate ne devrait pas être accordée à ceux qui ont intenté l'action.

123 Professor Roach in *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-85 and 14-86, has identified two possible reasons for which, in general, the claimant in a particular case may have the right to an exemption from the suspension of the effect of the declaration of invalidity, and therefore an immediate remedy:

Dans *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), aux pp. 14-85 et 14-86, le professeur Roach a fait état de deux raisons possibles pour lesquelles, en général, le demandeur dans une affaire donnée devrait être exempté de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité et avoir droit à une réparation immédiate:

Corrective justice would suggest that the successful applicant has a right to remedy while regulatory or

[TRADUCTION] Suivant la justice «corrective» le demandeur qui a gain de cause aurait droit à une réparation,

public law approaches would only be concerned with giving the applicants enough incentive to bring their case to court.

However, I do not believe that either of these considerations applies in the case at bar. What is at issue in this Court is not a remedy affecting band councils elected under the previous regime, but rather a declaration that will have the effect of changing future election rules. If Parliament chooses either not to act, or to change the legislation to conform with this ruling, the respondents will receive a remedy after the period of suspension expires or when the new legislation comes into effect. This both gives them a personal remedy, and gives applicants in analogous situations an incentive to bring their case forward.

Unlike in other cases where this Court has granted an exemption from the suspension, there are strong administrative reasons not to grant immediate relief to the members of the Batchewana Band. If an exemption from the suspension is given, the Batchewana Band will have to adapt to the inclusion of all non-residents as voters within the existing scheme in the short term. This will require some administrative adjustment. If Parliament then decides to amend the legislation, the Batchewana Band and its members will be required to adapt to a third voting system in a short period of time. This would be inappropriate, and inconsistent with the principles underlying constitutional remedies.

Since writing these reasons, I have had the advantage of reading the opinion of my colleagues McLachlin and Bastarache JJ. To the extent that their reasons suggest a departure from the approach to defining analogous grounds taken in *Andrews, Turpin, Egan, Miron, and Law*, I must respectfully disagree with their analysis. However, this being said, in my view there is no substantive

alors que l'approche suivie en droit public ou en droit d'origine réglementaire se limite à donner aux demandeurs une raison suffisante pour les inciter à s'adresser aux tribunaux.

Toutefois, je ne crois pas que l'une ou l'autre de ces considérations s'applique en l'espèce. Ce qui est en cause devant notre Cour, ce n'est pas une réparation visant les conseils de bande élus sous le régime précédent, mais bien une déclaration qui aura pour effet de changer les règles applicables aux élections futures. Si le Parlement décide de ne pas agir ou encore de modifier la loi pour se conformer à la présente décision, les intimés obtiendront une réparation après l'expiration du délai de suspension ou lorsque les nouvelles mesures législatives entreront en vigueur. La solution retenue a pour effet d'accorder aux intimés une réparation personnelle et de servir d'encouragement à d'éventuels demandeurs se trouvant dans une situation analogue pour qu'ils prennent action à leur tour.

Contrairement aux autres affaires dans lesquelles notre Cour a accordé une exemption de la suspension, il existe en l'espèce de solides raisons administratives justifiant de ne pas accorder de réparation immédiate aux membres de la bande de Batchewana. Si une exemption de la suspension était accordée, la bande de Batchewana devrait s'adapter à des modifications immédiates au régime actuel, ce qui nécessiterait des ajustements administratifs. Par la suite, la bande de Batchewana et ses membres devraient vraisemblablement s'adapter à un troisième régime électoral à l'intérieur d'une courte période. Une telle situation serait inopportune et incompatible avec les principes qui sous-tendent les réparations constitutionnelles.

Depuis la rédaction des présents motifs, j'ai pris connaissance de l'opinion de mes collègues les juges McLachlin et Bastarache. Dans la mesure où leurs motifs suggèrent de déroger à l'approche qui a été appliquée dans les arrêts *Andrews, Turpin, Egan, Miron et Law* en ce qui concerne la définition des motifs analogues, je dois, avec égards, exprimer mon désaccord avec leur analyse. Toutefois, cela étant dit, je suis d'avis qu'il n'y a pas de différence substantielle entre nos motifs respectifs

difference in our respective reasons in the approach to the case at bar.

#### VI. Disposition

126

Therefore, I would dismiss the appeal, but modify the remedy designed by the Federal Court of Appeal. I would declare invalid the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) of the *Indian Act* and suspend the effect of this declaration for 18 months. I would award costs to the respondents. I would answer the restated constitutional questions as follows:

1. Do the words “and is ordinarily resident on the reserve” contained in s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either generally or with respect only to members of the Batchewana Indian Band?

Yes, in their general application.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 77(1) of the *Indian Act* demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

*Appeal dismissed with costs but remedy modified.*

*Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen: George Thomson, Ottawa.*

*Solicitor for the appellant the Batchewana Indian Band: William B. Henderson, Toronto.*

*Solicitor for the respondents: Gary E. Corbière, Garden River, Ontario.*

*Solicitors for the intervenor Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Kent Roach and Kimberly R. Murray, Toronto.*

*Solicitors for the intervenor the Congress of Aboriginal Peoples: Phillips & Milen, Regina.*

au regard de l'approche applicable au présent pourvoi.

#### VI. Le dispositif

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi, mais je modifierais la réparation ordonnée par la Cour d'appel fédérale. Je déclarerais invalides les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* et je suspendrais pour 18 mois la prise d'effet de cette déclaration, avec dépens en faveur des intimés. Je répondrais de la manière suivante aux questions constitutionnelles reformulées:

1. Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit de façon générale, soit uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana?

Oui, dans leur application générale.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est-il une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

*Pourvoi rejeté avec dépens mais réparation modifiée.*

*Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine: George Thomson, Ottawa.*

*Procureur de l'appelante la bande Indienne de Batchewana: William B. Henderson, Toronto.*

*Procureur des intimés: Gary E. Corbière, Garden River (Ontario).*

*Procureurs de l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Kent Roach et Kimberly R. Murray, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones: Phillips & Milen, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Catherine M. Twinn, Slave Lake, Alberta.*

*Solicitors for the intervener the Native Women's Association of Canada: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the United Native Nations Society of British Columbia: McIvor Nahanee Law Office, Merritt, British Columbia.*

*Procureur de l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Catherine M. Twinn, Slave Lake (Alberta).*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant United Native Nations Society of British Columbia: McIvor Nahanee Law Office, Merritt (Colombie-Britannique).*

**Bert Thomas Stone** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and between

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Bert Thomas Stone** *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. STONE

File Nos.: 25969, 26032.

1998: June 26; 1999: May 27.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Defences — Insane and non-insane automatism — Accused killing wife after she had allegedly assaulted him verbally — Accused convicted of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment — Whether accused entitled to have either or both automatism defences left with the jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2, 16.*

*Courts — Production of documents — Privilege — Defence document referred to in opening remarks — Document ordered produced for Crown — Whether production properly ordered — Whether miscarriage of justice resulted from order for production.*

**Bert Thomas Stone** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Bert Thomas Stone** *Intimé*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. STONE

N<sup>os</sup> du greffe: 25969, 26032.

1998: 26 juin; 1999: 27 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE

*Droit criminel — Moyens de défense — Automatism avec aliénation mentale et sans aliénation mentale — Accusé tuant son épouse à la suite d'une présumée agression verbale de la part de cette dernière — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement — L'accusé a-t-il droit à ce que l'une ou l'autre défense d'automatisme, ou les deux à la fois, soient soumises à l'appréciation du jury? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2, 16.*

*Tribunaux — Production de documents — Privilège — Document de la défense mentionné lors des remarques préliminaires — Ordonnance de production du document au ministère public — La production a-t-elle été ordonnée à juste titre? — Une erreur judiciaire a-t-elle résulté de l'ordonnance de production?*

*Sentencing — Verdict — Jury instructed on murder and provocation — Accused convicted of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment — Whether provocation properly considered in reducing verdict of murder and as mitigating factor in determining sentence — Whether sentence fit and properly reflecting gravity of the offence and moral culpability of the accused — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 232, 687, 718.2.*

The accused admitted stabbing his wife 47 times but claimed to have done it while in an automatic state brought on by nothing more than his wife's insulting words. The accused testified that he felt a "whoosh" sensation washing over him. When his eyes focussed again, he was staring straight ahead and felt something in his hand. He was holding a six-inch hunting knife. He looked over and saw his wife slumped over on the seat. He disposed of the body in his truck tool box, cleaned up, drove home, prepared a note for his step-daughter, and checked into a hotel. He then collected a debt, sold a car and flew to Mexico. While in Mexico, the accused awoke one morning to the sensation of having his throat cut. In trying to recall his dream, he remembered stabbing his wife twice in the chest before experiencing a "whooshing" sensation. He returned to Canada about six weeks later, spoke to a lawyer and surrendered himself to police. He was charged with murder.

In his defence, the accused claimed: insane automatism, non-insane automatism, lack of intent, and alternatively, provocation. The trial judge ruled that the defence had laid a proper evidentiary foundation for insane, but not non-insane, automatism. Accordingly, he instructed the jury on insane automatism, intention in relation to second degree murder and provocation. The accused was found guilty of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment.

In opening remarks at trial, counsel for the defence stated that the evidence which would be given by the defence psychiatrist would support the defence of automatism. The defence only made this expert's report available to the Crown after the latter successfully brought a motion for disclosure.

*Détermination de la peine — Verdict — Jury recevant des directives sur le meurtre et la provocation — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement — La provocation est-elle dûment prise en compte pour réduire un verdict de meurtre et est-elle considérée à bon droit comme un facteur atténuant au moment de déterminer la peine? — La peine est-elle indiquée et reflète-t-elle correctement la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232, 687, 718.2.*

L'accusé a admis avoir poignardé son épouse à 47 reprises, mais il a prétendu l'avoir fait alors qu'il se trouvait dans un état d'automatisme provoqué par les seules paroles injurieuses de celle-ci. L'accusé a témoigné qu'il avait eu la sensation «d'être emporté». Lorsqu'il a repris ses sens, il regardait droit devant lui et a senti quelque chose dans sa main. Il tenait un couteau de chasse de six pouces. Il a levé les yeux et a aperçu son épouse affaissée sur le siège. Il a placé le corps dans la boîte à outils de son camion, s'est lavé, s'est rendu chez lui, a rédigé un mot destiné à sa belle-fille et a loué une chambre d'hôtel. Ensuite, il a perçu une somme qui lui était due, vendu une auto et s'est envolé pour le Mexique. Pendant son séjour dans ce pays, l'accusé s'est réveillé un matin, en proie à la sensation qu'on lui tranchait la gorge. En essayant de se remémorer le rêve qu'il avait fait, il s'est souvenu avoir poignardé son épouse à la poitrine à deux reprises avant d'avoir la sensation «d'être emporté». Il est revenu au Canada environ six semaines plus tard, a parlé à un avocat et s'est livré à la police. Il a été accusé de meurtre.

Pour sa défense, l'accusé a invoqué l'automatisme avec aliénation mentale, l'automatisme sans aliénation mentale, l'absence d'intention et, subsidiairement, la provocation. Le juge du procès a décidé que la défense avait établi les fondements de la défense d'automatisme avec aliénation mentale, mais non ceux de la défense d'automatisme sans aliénation mentale. En conséquence, il a donné au jury des directives sur l'automatisme avec aliénation mentale, l'intention relative au meurtre au deuxième degré et la provocation. L'accusé a été reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement.

Dans ses remarques préliminaires au procès, l'avocat de la défense a déclaré que le témoignage du psychiatre de la défense étayerait le moyen de défense fondé sur l'automatisme. La défense n'a mis ce rapport d'expert à la disposition du ministère public qu'après que ce dernier eut présenté avec succès une requête en communication.

The Court of Appeal upheld accused's conviction and dismissed the Crown's appeal of the sentence. Both the accused and the Crown appealed to this Court. At issue here were: (1) whether the "defence" of sane automatism should have been left to the jury; (2) whether the defence psychiatric report was properly ordered disclosed to the Crown; and (3)(a) whether the sentencing judge could consider provocation as a mitigating factor for manslaughter where the same provocation had already been considered in reducing the charge to manslaughter; and (b) whether the sentence was fit and properly reflected the gravity of the offence and the moral culpability of the offender.

*Held* (Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. dissenting on the appeal from conviction): The accused's appeal from conviction should be dismissed. The Crown's sentence appeal should also be dismissed.

(1) *"Defence" of sane automatism*

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Bastarache JJ.: Two forms of automatism are recognized at law. Non-insane automatism arises where involuntary action does not stem from a disease of the mind and entitles the accused to an acquittal. Insane automatism, on the other hand, arises only where involuntary action is found, at law, to result from a disease of the mind and is subsumed by the defence of mental disorder. A successful defence of insane automatism will trigger s. 16 of the *Criminal Code* and result in a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder.

The law presumes that people act voluntarily. Since a defence of automatism amounts to a claim that one's actions were not voluntary, the accused must establish a proper foundation for this defence before it can be left with the trier of fact. This is the equivalent of satisfying the evidentiary burden for automatism. Once the evidentiary foundation has been established, the trial judge must determine whether the condition alleged by the accused is mental disorder or non-mental disorder automatism.

La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé et a rejeté l'appel interjeté par le ministère public relativement à la peine infligée. L'accusé et le ministère public se pourvoient tous les deux devant notre Cour. Il s'agit en l'espèce de décider 1) si la «défense» d'automatisme sans aliénation mentale aurait dû être soumise à l'appréciation du jury, 2) si la communication du rapport du psychiatre de la défense au ministère public a été ordonnée à juste titre, (3)a) si le juge qui a infligé la peine pouvait considérer la provocation comme un facteur atténuant relativement à l'homicide involontaire coupable, alors que cette même provocation avait déjà été prise en considération pour réduire l'accusation portée à une accusation d'homicide involontaire coupable, et b), si la peine était indiquée et reflétait correctement la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de son auteur.

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci, Major et Binnie sont dissidents quant au pourvoi contre la déclaration de culpabilité): Le pourvoi de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité est rejeté. Le pourvoi du ministère public contre la peine infligée est également rejeté.

(1) *La «défense» d'automatisme sans aliénation mentale*

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Bastarache: Le droit reconnaît deux formes d'automatisme. L'automatisme sans aliénation mentale peut être invoqué dans le cas d'un acte involontaire qui n'est pas le fruit d'une maladie mentale, et il donne à l'accusé droit à l'acquiescement. Par ailleurs, l'automatisme avec aliénation mentale peut être invoqué dans le cas d'un acte involontaire qui, en droit, est jugé résulter d'une maladie mentale, et il est subsumé sous la défense des troubles mentaux. Lorsque la défense d'automatisme avec aliénation mentale est retenue, l'art. 16 du *Code criminel* s'applique et un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est rendu.

Le droit présume que les gens agissent volontairement. Étant donné que la défense d'automatisme revient à prétendre qu'un acte n'était pas volontaire, l'accusé doit établir les fondements de ce moyen de défense pour qu'il puisse être soumis à l'appréciation du juge des faits. Cela revient à s'acquiescer de la charge de présentation applicable à l'automatisme. Une fois ces fondements établis, le juge du procès doit déterminer si l'état allégué par l'accusé constitue un automatisme avec ou sans troubles mentaux.

A two-step approach should therefore apply to all cases involving claims of automatism. First, the defence must establish a proper foundation for automatism. This burden is only met where the trial judge concludes that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. In all cases, this will require that the defence make an assertion of involuntariness and call confirming psychiatric evidence. Other relevant factors to be considered in determining whether this defence burden has been satisfied include: the severity of the triggering stimulus; corroborating evidence of bystanders; corroborating medical history of automatistic-like dissociative states; whether there is evidence of a motive for the crime; and whether the alleged trigger of the automatism is also the victim of the automatistic violence. No one factor is determinative. The trial judge must weigh all of the available evidence on a case-by-case basis. Placing this burden on the defence, while constituting a limitation of an accused's s. 11(d) Charter rights, is justified under s. 1.

Second, given the establishment of a proper foundation, the trial judge must determine whether the condition alleged by the accused is mental disorder or non-mental disorder automatism. The assessment of which form of automatism should be left with the trier of fact comes down to the question of whether or not the alleged condition is a mental disorder. Mental disorder is a legal term defined in the *Code* as "a disease of the mind". The question of what conditions are included in that term is a question of mixed law and fact because it involves an assessment of the particular evidence in the case rather than a general principle of law. Trial judges should start from the proposition that the condition is a disease of the mind and then determine whether the evidence in the particular case takes the condition out of the disease of the mind category.

There are two distinct approaches to the disease of the mind inquiry. Under the first, the internal cause theory, the trial judge must compare the accused's automatistic reaction to the way one would expect a normal person to react in order to determine whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. The trial judge must consider the nature of the alleged trigger of the automatism and determine whether

Il y a donc lieu d'appliquer une méthode en deux étapes dans toute affaire où l'automatisme est allégué. En premier lieu, la défense doit établir les fondements de l'automatisme. Elle ne se sera acquittée de cette charge que si le juge du procès conclut qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Dans tous les cas, la défense devra présenter une allégation de caractère involontaire, confirmée par le témoignage d'un psychiatre. Parmi les autres facteurs pertinents qui doivent être pris en considération pour déterminer si la défense s'est acquittée de cette charge, il y a l'intensité de l'élément déclencheur, le témoignage corroborant d'observateurs, les antécédents médicaux corroborants d'états de dissociation apparentés à l'automatisme, la question de savoir s'il y a preuve de l'existence d'un mobile du crime et celle de savoir si la personne qui aurait déclenché l'état d'automatisme est également la victime de la violence qui en a résulté. Aucun facteur n'est déterminant à lui seul. Le juge du procès doit soupeser toute la preuve disponible dans chaque affaire. L'imposition à la défense de cette charge de preuve est justifiée au sens de l'article premier, même si elle restreint les droits garantis à l'accusé par l'al. 11d) de la *Charte*.

En deuxième lieu, une fois que les fondements d'une défense d'automatisme ont été établis, le juge du procès doit décider si l'état allégué par l'accusé constitue de l'automatisme avec ou sans troubles mentaux. Décider de la forme d'automatisme qui devrait être soumise à l'appréciation du juge des faits revient à déterminer si l'état allégué correspond à des troubles mentaux. L'expression «troubles mentaux» est une expression juridique définie dans le *Code* comme étant une «maladie mentale». La question de savoir quels états sont englobés par cette expression est une question mixte de droit et de fait, car elle comporte une évaluation de la preuve soumise dans l'affaire en cause plutôt que celle d'un principe général de droit. Le juge du procès doit partir du principe que l'état allégué constitue une maladie mentale pour ensuite déterminer si la preuve soumise fait sortir cet état de la catégorie de la maladie mentale.

Il y a deux théories distinctes en matière d'examen de la question de la maladie mentale. Suivant la première théorie, celle de la cause interne, pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale, le juge du procès doit comparer la réaction automatique de l'accusé avec la réaction à laquelle on s'attendrait de la part d'une personne normale. Le juge du procès doit examiner la nature de

a normal person might have reacted to it by entering an automatistic state. This comparison is a contextual objective one. Evidence of an extremely shocking trigger will be required to establish that a normal person might have reacted to it by entering an automatistic state as the accused claims to have done.

The objective element of the internal cause theory does not violate ss. 7 (the fundamental principles of justice) and 11(d) (the right to be presumed innocent) of the *Charter*. The objective inquiry is applied to assess whether the condition claimed by the accused is a disease of the mind only after a subjective inquiry has been completed by the trial judge into whether there is evidence upon which a properly instructed jury could find, on a balance of probabilities, that the accused acted involuntarily. The objective standard affects only the classification of the defence rather than the assessment of whether the *actus reus* of the offence has been established. That is, the objective component does not affect the burden of proof on the issue of whether the accused voluntarily committed the offence. Moreover, the impact of the objective comparison is limited even with regard to the disease of the mind inquiry because the internal cause theory is only an analytical tool. Consideration of the subjective psychological make-up of the accused in the internal cause theory would frustrate the very purpose of making the comparison which is the determination of whether the accused was suffering from a disease of the mind in a legal sense.

The second approach, the continuing danger theory, holds that any condition which is likely to present a recurring danger to the public should be treated as a disease of the mind. While a continuing danger suggests a disease of the mind, a finding of no continuing danger does not preclude a finding of a disease of the mind. Trial judges may consider any of the evidence before them in order to assess the likelihood of recurrence of violence and in particular the psychiatric history of the accused and the likelihood that the trigger alleged to have caused the automatistic episode will recur.

The internal cause theory and the continuing danger theory should not be viewed as alternative or mutually exclusive approaches to the disease of the mind inquiry. Rather, a holistic approach should be adopted under which either or both of these approaches to the inquiry may be considered by trial judges. It is therefore more appropriate to refer to the internal cause factor and the

l'élément qui aurait déclenché l'automatisme et décider s'il était susceptible de plonger une personne normale dans un état d'automatisme. Cette comparaison est de nature contextuelle et objective. La preuve d'un élément déclencheur extrêmement traumatisant sera requise pour établir qu'une personne normale y aurait réagi en somnolant dans l'état d'automatisme allégué par l'accusé.

L'élément objectif de la théorie de la cause interne ne viole ni l'art. 7 (les principes de justice fondamentale) ni l'al. 11d) (le droit d'être présumé innocent) de la *Charte*. L'examen objectif de la question de savoir si l'état allégué par l'accusé est une maladie mentale n'est entrepris qu'après que le juge du procès a procédé à un examen subjectif de la question de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. La norme objective touche uniquement la classification du moyen de défense, et non pas l'analyse de la question de savoir si l'*actus reus* de l'infraction a été établi. Autrement dit, l'élément objectif ne modifie en rien la charge de preuve relative à la question de savoir si l'accusé a commis volontairement l'infraction. De plus, l'effet de la comparaison objective est limité, même en ce qui concerne l'examen de la question de la maladie mentale, car la théorie de la cause interne n'est qu'un instrument d'analyse. Prendre en considération la condition psychologique subjective de l'accusé dans le cadre de cette théorie irait à l'encontre de l'objet même de la comparaison, qui est de déterminer si l'accusé souffrait d'une maladie mentale au sens juridique.

Suivant la deuxième théorie, celle du risque subsistant, tout état comportant vraisemblablement la récurrence d'un danger pour le public devrait être considéré comme une maladie mentale. Même si un risque subsistant est un indice de maladie mentale, la conclusion à l'absence de risque subsistant n'empêche pas de conclure à l'existence d'une maladie mentale. Le juge du procès peut prendre en considération tout élément de preuve dont il est saisi pour évaluer la probabilité de récurrence de la violence, notamment les antécédents psychiatriques de l'accusé et la probabilité que l'élément qui aurait déclenché l'épisode d'automatisme se présente de nouveau.

Les théories de la cause interne et du risque subsistant ne devraient pas être considérées comme des façons subsidiaires ou mutuellement exclusives d'aborder l'examen de la question de la maladie mentale. Au contraire, il y a lieu d'adopter une méthode globale en vertu de laquelle le juge du procès peut tenir compte de l'une ou l'autre façon d'aborder cet examen, ou des deux à la

continuing danger factor. In addition to these two factors, policy factors may also be considered in determining whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind.

If the trial judge concludes that the condition the accused claims to have suffered from is not a disease of the mind, only the defence of non-mental disorder automatism will be left with the trier of fact as the trial judge will have already found that there is evidence upon which a properly instructed jury could find, on a balance of probabilities, that the accused acted involuntarily. The question for the trier of fact will then be whether the defence has proven, on a balance of probabilities, that the accused acted involuntarily. A positive answer to this question by the trier of fact will result in an absolute acquittal. On the other hand, if the trial judge concludes that the alleged condition is a disease of the mind, only mental disorder automatism will be left with the trier of fact. The case will then proceed like any other s. 16 case, leaving for the trier of fact the question of whether the defence has proven, on a balance of probabilities, that the accused suffered from a mental disorder which rendered him or her incapable of appreciating the nature and quality of the act in question. The determination of this issue by the trier of fact will absorb the question of whether the accused in fact acted involuntarily.

No substantial wrong or miscarriage of justice occurred here.

*Per* Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. (dissenting): The defence of non-mental disorder automatism should not have been taken away from the jury in light of the trial judge's evidentiary ruling that there was evidence the accused was unconscious throughout the commission of the offence. The correctness of the ruling was affirmed by the British Columbia Court of Appeal.

Automatism is conceptually a sub-set of the voluntariness requirement, which in turn is part of the *actus reus*, and accordingly puts in issue the Crown's ability to prove all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt. While sane individuals are presumed to be responsible for their voluntary acts or omissions, no such inference of voluntariness can be drawn if the accused leads credible evidence, supported by expert

fois. Il est donc plus approprié de parler du facteur de la cause interne et du facteur du risque subsistant. Outre ces deux facteurs, des facteurs d'ordre public peuvent également être considérés pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été est une maladie mentale.

Si le juge du procès conclut que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été n'est pas une maladie mentale, seule la défense d'automatisme sans troubles mentaux pourra être soumise à l'appréciation du juge des faits, car le juge du procès aura déjà conclu qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Il appartient alors au juge des faits de décider si la défense a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Une réponse affirmative à cette question entraînera l'acquittement pur et simple. Par contre, si le juge du procès conclut que l'état allégué est une maladie mentale, seule la défense d'automatisme avec troubles mentaux sera soumise à l'appréciation du juge des faits. L'affaire sera dès lors instruite comme toute autre cause comportant l'application de l'art. 16, et il appartiendra au juge des faits de trancher la question de savoir si la défense a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé était atteint de troubles mentaux qui le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte reproché. En tranchant cette question, le juge des faits se prononcera par la même occasion sur la question de savoir si l'accusé a effectivement agi involontairement.

Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits en l'espèce.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Iacobucci, Major et Binnie (dissidents): La défense d'automatisme sans troubles mentaux n'aurait pas dû être soustraite à l'appréciation du jury, compte tenu de la décision du juge du procès relative à la preuve, selon laquelle il était établi que l'accusé était inconscient tout au long de la perpétration de l'infraction. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé l'exactitude de cette décision.

L'automatisme forme essentiellement une composante de l'exigence concernant la volonté, qui fait elle-même partie de l'*actus reus*, et il met donc en cause la capacité du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction. Bien que les personnes saines d'esprit soient présumées être responsables de leurs actes ou omissions volontaires, il n'est pas possible de faire une telle déduction de

testimony, that he was unconscious throughout the commission of the offence. A judge-made classification of situations into mental disorder automatism and non-mental disorder automatism cannot relieve the Crown of the obligation to prove all elements of the offence, including voluntariness. Otherwise there would be strong objections under s. 7 (fundamental principles of justice) and s. 11(d) (presumption of innocence) of the *Charter*, and no attempt was made in this case to provide a s. 1 justification. Similar *Charter* objections apply to any attempt to add to the evidential burden on the accused the further persuasive or legal burden to establish automatism on a balance of probabilities.

The law on automatism is correctly concerned with public safety. The risk of recurrence is legitimately part of the “policy component” of the legal analysis of “disease of the mind”. In the present case, neither psychiatrist considered recurrence a significant possibility.

The mental disorder provisions of the *Criminal Code* were not appropriate to resolve the automatism issue here. It was wrong of the courts to require the accused to substitute for his chosen defence of involuntariness the conceptually quite different plea of insanity. Both Crown and defence psychiatrists agreed that the accused did not suffer from a medically defined disease of the mind. He was either unconscious at the time of the killing or he was not telling the truth at the time of the trial. This was a question for the jury. The statutory inquiry into whether he was “suffering from a mental disorder” that rendered him “incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong” are qualitative questions that are not really responsive to his allegation that he was not conscious of having acted at all. While s. 16 of the *Code* may provide an appropriate structure to resolve cases of medical “diseases of the mind”, it may not be responsive to the real issues where the “disease of the mind” derives from legal classification, rather than medical classification. If the jury was satisfied that the s. 16 requirements were met, that would end the matter: the accused would have been found not criminally responsible on account of mental disorder (NCRMD). He or she would not be permitted to ignore NCRMD status and seek a full acquittal on the basis of involuntariness. However, if the jury rejects NCRMD status, it should still be left with the elementary instruction that the accused is entitled to an

caractère volontaire si l'accusé soumet une preuve crédible, étayée par un témoignage d'expert, qu'il était inconscient tout au long de la perpétration de l'infraction. La classification jurisprudentielle des situations dans les catégories de l'automatisme avec troubles mentaux et de l'automatisme sans troubles mentaux ne saurait dégager le ministère public de l'obligation de prouver tous les éléments de l'infraction, y compris le caractère volontaire. Le contraire susciterait de fortes objections fondées sur l'art. 7 (principes de justice fondamentale) et l'al. 11d) (présomption d'innocence) de la *Charte*, et il n'y a eu, en l'espèce, aucune tentative de fournir une justification au sens de l'article premier. Des objections similaires fondées sur la *Charte* s'appliquent à toute tentative d'ajouter à la charge de présentation qui incombe à l'accusé la charge de persuasion, ou charge ultime, consistant à établir l'automatisme selon la prépondérance des probabilités.

Le droit en matière d'automatisme se soucie à juste titre de la sécurité du public. Le risque de récurrence fait légitimement partie de l'«élément d'ordre public» de l'analyse juridique de la «maladie mentale». En l'espèce, ni l'un ni l'autre psychiatre n'a considéré que la récurrence représentait un risque important.

Les dispositions du *Code criminel* relatives aux troubles mentaux ne permettaient pas de régler la question de l'automatisme en l'espèce. Les tribunaux ont eu tort d'obliger l'accusé à substituer à la défense du caractère involontaire qu'il avait choisie la défense d'aliénation mentale qui est tout à fait différente sur le plan conceptuel. Le psychiatre du ministère public et celui de la défense s'entendaient pour dire que l'accusé ne souffrait pas d'une maladie mentale au sens médical. Ou bien il était inconscient au moment de l'homicide, ou bien il ne disait pas la vérité au procès. C'est une question qu'il appartenait au jury de trancher. L'examen, prévu par la loi, de la question de savoir s'il était «attein[t] de troubles mentaux» qui le rendaient «incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais» est de nature qualitative et ne règle pas vraiment son allévation qu'il n'était même pas conscient d'avoir agi. Même si l'art. 16 du *Code* peut établir un régime approprié pour résoudre les cas où il est question de «maladies mentales» au sens médical, il ne répond peut-être pas aux véritables questions qui se posent dans les cas où la désignation de «maladie mentale» est juridique plutôt que médicale. Si le jury était convaincu que les exigences de l'art. 16 ont été respectées, la question serait réglée: l'accusé serait jugé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Il ne pourrait pas faire abstraction de sa non-responsabilité criminelle

acquittal if the Crown fails to establish beyond a reasonable doubt all of the elements of the offence, including voluntariness.

The evidence established that there are states of automatism where perfectly sane people lose conscious control over their actions. Once the trial judge exercised his gatekeeper function to screen frivolous or feigned claims, it was for the jury to make up its mind on the credibility of the plea of automatism. This jurisdiction should not be removed by “judicially created policy”. It is to be expected that the jury will subject the evidence of involuntariness to appropriate scrutiny. There was discussion in *Rabey v. The Queen* about the need to maintain the credibility of the justice system. The jury is as well placed as anyone in the justice system to uphold its credibility. The bottom line is, after all, that the task of weighing the credibility of such defences was confined by Parliament to the jury. The Court should respect the allocation of that responsibility.

### (2) *Disclosure*

*Per the Court:* The defence waived the privilege in its psychiatrist’s report at the opening of its case when counsel disclosed the elements in that report favourable to his client. In any event, if disclosure was premature, the accused suffered no prejudice. A witness, once on the stand, is no longer offering private advice to a party but rather is offering an opinion for the assistance of the court. The opposing party must be given access to the foundation of such opinions to test them adequately. Thus, even if the defence counsel’s opening address had been insufficient to constitute a waiver, s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* would properly be applied to cure the error.

### (3) *Sentence Appeal*

*Per the Court:* The sentencing judge must consider all of the circumstances of the offence, including whether it involved provocation. An accused does not gain a “double benefit” if provocation is considered in reducing a verdict from murder to manslaughter under s. 232 of the *Code*. Rather, s. 232 provides an accused with a

pour cause de troubles mentaux et demander l’acquittement complet pour cause d’absence de caractère volontaire. Cependant, si le jury rejetait la non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, il devrait tout de même disposer de la directive élémentaire selon laquelle l’accusé a droit à l’acquittement si le ministère public n’établit pas hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l’infraction, y compris le caractère volontaire.

La preuve établissait qu’il existe des états d’automatisme dans lesquels des personnes parfaitement saines d’esprit perdent la maîtrise consciente de leurs actes. Une fois que le juge eut exercé sa fonction de gardien pour déceler les allégations futiles ou simulées, il appartenait au jury de se faire une opinion sur la crédibilité de la défense d’automatisme. Cette compétence ne devrait pas être retirée par une «politique élaborée par les tribunaux». Il faut s’attendre à ce que le jury examine de façon appropriée la preuve du caractère involontaire. Dans *Rabey c. La Reine*, il a été question de la nécessité de maintenir la crédibilité du système judiciaire. Le jury est aussi bien placé que quiconque dans ce système pour en maintenir la crédibilité. Après tout, il reste que c’est au jury que le législateur a confié la tâche d’évaluer la crédibilité de tels moyens de défense. Notre Cour devrait respecter cette attribution de responsabilité.

### (2) *La communication*

*La Cour:* La défense a renoncé au privilège rattaché au rapport du psychiatre, à l’ouverture de sa preuve, lorsque l’avocat a divulgué les éléments du rapport qui étaient favorables à son client. De toute manière, même si la communication avait été prématurée, l’accusé n’aurait subi aucun préjudice. Dès qu’un témoin se présente à la barre, il donne non plus des conseils confidentiels à une partie, mais plutôt une opinion pour assister le tribunal. La partie adverse doit avoir accès aux fondements de ces opinions pour en vérifier adéquatement l’exactitude. Donc, même si l’exposé initial de l’avocat de la défense avait été insuffisant pour constituer une renonciation, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* permettrait de réparer l’erreur commise.

### (3) *Le pourvoi contre la peine infligée*

*La Cour:* Le juge qui inflige la peine doit tenir compte de toutes les circonstances de l’infraction, y compris la question de savoir s’il y a eu provocation. Un accusé ne bénéficie pas d’un «double avantage» si la provocation est prise en considération pour réduire un verdict de meurtre à un verdict d’homicide involontaire coupable en vertu de l’art. 232 du *Code*. Cet article accorde plutôt à l’accusé un seul avantage et, pour

single benefit and to give it full effect, provocation must be considered in sentencing as well.

The judiciary must bring the law into harmony with prevailing social values. A spousal connection between offender and victim is recognized as an aggravating factor in sentencing under s. 718.2(a)(ii) and under the common law. Here, the Crown failed to establish that the sentencing judge did not properly consider the domestic nature of this offence in reaching his decision on sentence.

Appellate courts, in minimizing disparity of sentences in cases involving similar offences and similar offenders, may fix ranges for particular categories of offences as guidelines for lower courts provided they clearly describe the category created and the logic behind the range appropriate to it. They must not, however, interfere with sentencing judges' duty to consider all relevant circumstances in sentencing.

Variation of sentence should only be made if an appellate court is convinced that a sentence is "not fit" or "clearly unreasonable", provided the trial judge has not erred in principle, failed to consider a relevant factor or overemphasized the appropriate factors. This was not the case here.

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Applied:** *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; **considered:** *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, aff'g (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; **referred to:** *R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. v. Eklund*, [1985] B.C.J. No. 2415 (QL); *R. v. Peruta* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350, *sub nom. Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. K. (1970)*, 3 C.C.C. (2d) 84; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. v. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602; *Hill v. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277; *State v. Caddell*, 215 S.E.2d 348 (1975); *Fulcher v. State*, 633 P.2d 142 (1981); *Polston v. State*, 685 P.2d 1 (1984); *State v. Fields*, 376

l'appliquer pleinement, il faut aussi tenir compte de la provocation pour fixer la peine.

La magistrature doit harmoniser le droit aux valeurs sociales contemporaines. Le lien conjugal entre le contrevenant et la victime est reconnu comme étant un facteur aggravant en matière de détermination de la peine en vertu du sous-al. 718.2a)(ii) et de la common law. En l'espèce, le ministère public n'a pas établi que le juge du procès a omis de prendre dûment en considération le caractère familial de l'infraction en décidant de la peine.

Pour réduire au minimum la disparité des peines infligées à des contrevenants similaires pour des infractions similaires, les cours d'appel peuvent établir des échelles de peines relatives à certaines catégories d'infractions, en vue de guider les tribunaux d'instance inférieure, pourvu qu'elles décrivent clairement la catégorie créée et la logique sous-jacente à l'échelle qui lui est propre. Elles ne doivent toutefois pas modifier l'obligation qu'ont les juges de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes en infligeant la peine.

Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est «pas indiquée» ou qu'elle est «nettement déraisonnable», pourvu que le juge du procès n'ait commis aucune erreur de principe et qu'il n'ait pas omis de prendre en considération un facteur pertinent ni trop insisté sur les facteurs appropriés. Ce n'était pas le cas en l'espèce.

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt appliqué:** *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; **arrêts examinés:** *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, conf. (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; **arrêts mentionnés:** *R. c. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. c. Eklund*, [1985] B.C.J. No. 2415 (QL); *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *R. c. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244; *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602; *Hill c. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277; *State c. Caddell*, 215 S.E.2d 348 (1975); *Fulcher c. State*, 633 P.2d 142 (1981); *Polston c. State*, 685 P.2d 1 (1984); *State c. Fields*, 376 S.E.2d 740 (1989); *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *General*

S.E.2d 740 (1989); *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *General Electric Co. v. Joiner*, 118 S.Ct. 512 (1997); *R. v. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Laberge* (1995), 165 A.R. 375; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Campbell* (1991), 70 Man. R. (2d) 158; *R. v. Woermann* (1992), 81 Man. R. (2d) 255; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1; *R. v. Brown* (1992), 13 C.R. (4th) 346; *R. v. Pitkeathly* (1994), 29 C.R. (4th) 182; *R. v. Jackson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Edwards* (1996), 28 O.R. (3d) 54.

By Binnie J. (dissenting)

*Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, aff'g (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Peruta* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350, sub nom. *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *R. v. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *R. v. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244; *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *State v. Hinkle*, 489 S.E.2d 257 (1996); *Hawkins v. The Queen* (1994), 72 A. Crim. R. 288; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *Police v. Bannin*, [1991] 2 N.Z.L.R. 237; *R. v. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347; *R. v. Hennessy* (1989), 89 Cr. App. R. 10; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *Hill v. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277; *R. v. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769; *R. v. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249; *R. v. Sullivan*, [1984] A.C. 156; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), (f).

*Electric Co. v. Joiner*, 118 S.Ct. 512 (1997); *R. c. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Laberge* (1995), 165 A.R. 375; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Campbell* (1991), 70 Man. R. (2d) 158; *R. c. Woermann* (1992), 81 Man. R. (2d) 255; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1; *R. c. Brown* (1992), 13 C.R. (4th) 346; *R. c. Pitkeathly* (1994), 29 C.R. (4th) 182; *R. c. Jackson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Edwards* (1996), 28 O.R. (3d) 54.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, conf. (1977), 17 O.R. (2d) 1; *R. c. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776; *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129; *R. c. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *R. c. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244; *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *State c. Hinkle*, 489 S.E.2d 257 (1996); *Hawkins c. The Queen* (1994), 72 A. Crim. R. 288; *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999; *Police c. Bannin*, [1991] 2 N.Z.L.R. 237; *R. c. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347; *R. c. Hennessy* (1989), 89 Cr. App. R. 10; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *Hill c. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277; *R. c. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769; *R. c. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249; *R. c. Sullivan*, [1984] A.C. 156; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d), f).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 (“mental disorder”) [ad. 1991, c. 43, s. 1], 16 [rep. *ibid.*, s. 2], 232, 235, 236, Part XX.1, 672.34 [ad. 1991, c. 43, s. 4], 672.54 [ad. *idem*], 686(1)(b)(iii), 687(1), 718.2 [ad. 1995, c. 22, s. 6], (a) [ad. *idem*], (ii) [am. 1997, c. 23, s. 17].

#### Authors Cited

- Campbell, Kenneth L. “Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence” (1980-81), 23 *Crim. L.Q.* 342.
- Canada. Department of Justice. *Proposals to amend the Criminal Code (general principles)*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1993.
- Canadian Psychiatric Association. Brief to the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General. RE: Proposed Revisions for Automatism as Contained in the Draft, “Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada”. Prepared by Drs. Maralyn MacKay and Nizar Ladha. Ottawa: 1992.
- Grant, Isabel, Dorothy Chunn and Christine Boyle. *The Law of Homicide*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (updated 1998, release 1).
- Grant, Isabel and Laura Spitz. Case Comment on *R. v. Parks* (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 224.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 11(1), 4th ed. (reissue). London: Butterworths, 1990.
- Holland, Winnifred H. “Automatism and Criminal Responsibility” (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 95.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Tollefson, Edwin A. and Bernard Starkman. *Mental Disorder in Criminal Proceedings*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 86 B.C.A.C. 169, 142 W.A.C. 169, 113 C.C.C. (3d) 158, 6 C.R. (5th) 367, [1997] B.C.J. No. 179 (QL), dismissing the accused’s appeal from his conviction of manslaughter by Brenner J. Appeal dismissed,

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 («troubles mentaux») [aj. 1991, ch. 43, art. 1], 16 [abr. *ibid.*, art. 2], 232, 235, 236, partie XX.1, 672.34 [aj. 1991, ch. 43, art. 4], 672.54 [aj. *idem*], 686(1)(b)(iii), 687(1), 718.2 [aj. 1995, ch. 22, art. 6], a) [aj. *idem*], (ii) [mod. 1997, ch. 23, art. 17].

#### Doctrine citée

- Campbell, Kenneth L. «Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence» (1980-81), 23 *Crim. L.Q.* 342.
- Canada. Ministère de la Justice. *Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1993.
- Canadian Psychiatric Association. Brief to the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General. RE: Proposed Revisions for Automatism as Contained in the Draft, «Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada». Prepared by Drs. Maralyn MacKay and Nizar Ladha. Ottawa: 1992.
- Grant, Isabel, Dorothy Chunn and Christine Boyle. *The Law of Homicide*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (updated 1998, release 1).
- Grant, Isabel and Laura Spitz. Case Comment on *R. v. Parks* (1993), 72 *R. du B. can.* 224.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 11(1), 4th ed. (reissue). London: Butterworths, 1990.
- Holland, Winnifred H. «Automatism and Criminal Responsibility» (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 95.
- LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
- Tollefson, Edwin A. and Bernard Starkman. *Mental Disorder in Criminal Proceedings*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1997), 86 B.C.A.C. 169, 142 W.A.C. 169, 113 C.C.C. (3d) 158, 6 C.R. (5th) 367, [1997] B.C.J. No. 179 (QL), qui a rejeté l’appel de l’accusé contre sa déclaration de culpabilité d’homicide involontaire coupable prononcée par le

Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 89 B.C.A.C. 139, 145 W.A.C. 139, [1997] B.C.J. No. 694 (QL), dismissing the Crown's appeal from the sentence imposed on the accused by Brenner J. Appeal dismissed.

*David G. Butcher and Derek A. Brindle*, for Bert Thomas Stone.

*Gil D. McKinnon, Q.C., Ujjal Dosanjh, Q.C.*, and *Marion Paruk*, for Her Majesty the Queen.

*Graham Garton, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Gary T. Trotter*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Written submissions only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The reasons of Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting as to appeal from conviction) — A fundamental principle of the criminal law is that no act can be a criminal offence unless it is performed or omitted voluntarily. In this case the appellant acknowledges that he killed his wife. He stabbed her 47 times with his knife in a frenzy. His defence was that he lost consciousness when his mind snapped under the weight of verbal abuse which the defence psychiatrist characterized as “exceptionally cruel” and “psychologically sadistic”. The trial judge ruled in favour of the appellant that “there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime”, and the British Columbia Court of Appeal agreed ((1997), 86 B.C.A.C. 169, at p. 173) that “a properly

juge Brenner. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci, Major et Binnie sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 89 B.C.A.C. 139, 145 W.A.C. 139, [1997] B.C.J. No. 694 (QL), qui a rejeté l'appel du ministère public contre la peine infligée à l'accusé par le juge Brenner. Pourvoi rejeté.

*David G. Butcher et Derek A. Brindle*, pour Bert Thomas Stone.

*Gil D. McKinnon, c.r., Ujjal Dosanjh, c.r.*, et *Marion Paruk*, pour Sa Majesté la Reine.

*Graham Garton, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Gary T. Trotter*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Iacobucci, Major et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident quant au pourvoi contre la déclaration de culpabilité) — Le principe voulant qu'une action ou une omission ne puisse constituer une infraction criminelle que si elle est volontaire est un principe fondamental du droit criminel. En l'espèce, l'appelant reconnaît avoir tué son épouse. Il l'a poignardée de manière particulièrement violente à 47 reprises. Il a fait valoir comme moyen de défense qu'il avait eu une perte de conscience provoquée subitement par une violence verbale que le psychiatre de la défense a qualifiée de [TRADUCTION] «exceptionnellement cruelle» et de «psychologiquement sadique». Le juge du procès a décidé, en faveur de l'appelant, que [TRADUCTION] «il est établi [. . .] qu'il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime», et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a convenu ((1997), 86 B.C.A.C. 169, à

instructed jury, acting reasonably, could find some form of automatism”.

2 The appellant had elected trial by jury. He says he was entitled to have the issue of voluntariness, thus properly raised, determined by the jury. He says that there was no proper legal basis for the courts in British Columbia to deprive him of the benefit of an evidentiary ruling which put in issue the Crown’s ability to prove the *actus reus* of the offence.

3 The trial judge ruled that the evidence of involuntariness was only relevant (if at all) to a defence of not criminally responsible by reason of mental disorder (NCRMD). This was upheld by the Court of Appeal. When it is appreciated that all of the experts agreed the appellant did not suffer from any condition that medicine would classify as a disease of the mind, it is perhaps not surprising that the jury found the accused to be sane. He was convicted of manslaughter. The contention of the appellant that the act of killing, while not the product of a mentally disordered mind, was nevertheless involuntary, was never put to the jury.

4 The appellant argues that the judicial reasoning that effectively took the issue of voluntariness away from the jury violates the presumption of his innocence and his entitlement to the benefit of a jury trial guaranteed by s. 11(d) and (f) and is not saved by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

5 The appellant also objects to the compelled disclosure of his psychiatrist’s expert report to the Crown contrary, he says, to his claim of privilege. His argument is that the result of such disclosure was to conscript against him his own description of events to the defence psychiatrist, thereby violating his right to remain silent.

la p. 173) que [TRADUCTION] «un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait constater une certaine forme d’automatisme».

L’appellant a choisi de subir son procès devant un jury. Il affirme qu’il avait droit à ce que la question du caractère volontaire, ainsi soulevée à juste titre, soit tranchée par le jury. Selon lui, les tribunaux de la Colombie-Britannique n’étaient nullement justifiés, en droit, de l’empêcher de bénéficier d’une décision en matière de preuve qui mettait en doute la capacité du ministère public d’établir l’*actus reus* de l’infraction reprochée.

Le juge du procès a décidé que la preuve du caractère involontaire n’était pertinente (si tant est qu’elle le fût) que relativement à une défense de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux (NRCTM). Cette décision a été maintenue par la Cour d’appel. Quand on constate que tous les experts ont convenu que l’appellant ne souffrait d’aucune affection pouvant être médicalement considérée comme une maladie mentale, il n’est peut-être pas étonnant que le jury l’ait jugé sain d’esprit. Il a été déclaré coupable d’homicide involontaire coupable. Le jury n’a jamais été saisi de l’argument de l’appellant selon lequel son geste meurtrier, même s’il n’était pas le fruit d’un esprit troublé, n’en était pas moins involontaire.

L’appellant soutient que le raisonnement des tribunaux qui a eu pour effet de soustraire à l’appréciation du jury la question du caractère volontaire viole la présomption d’innocence et le droit de bénéficier d’un procès avec jury, que lui garantissent les al. 11d) et f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et qu’il n’est pas sauvegardé par l’article premier de cette dernière.

L’appellant s’oppose également à la communication forcée au ministère public du rapport d’expert de son psychiatre, qui, selon lui, serait contraire à sa revendication de privilège. Il fait valoir que cette communication a eu pour résultat de tourner contre lui la description des faits qu’il a lui-même donnée au psychiatre de la défense, et a ainsi porté atteinte à son droit de garder le silence.

In my view, it follows from the concurrent findings in the courts below (that the appellant successfully put in issue his consciousness at the time of the offence) that he was entitled to the jury's verdict on whether or not his conduct, though sane, was involuntary. That issue having been withdrawn from the jury, and the Crown thereby having been relieved of the one real challenge to its proof, the appellant is entitled to a new trial.

### I. Facts

I do not propose to repeat Justice Bastarache's summary of the facts except where necessary to explain our divergence in the result.

The prelude to the knife attack was a day-long drive from the Okanagan Valley to Vancouver, during which, according to the appellant, his wife created an explosive situation by her aggressive verbal attacks. The appellant had planned to take his sons out to dinner and a movie, but abandoned these plans because of his wife's objection. The appellant instead visited briefly with his sons. His wife waited in the truck. According to the appellant, his wife accelerated her attack on him upon his return to the driver's seat. She taunted him that his former wife had been "fucking all my friends" (while the two had been married) and that "[my sons] weren't my kids at all". As the verbal abuse continued, he said, "I can see she's losing it", so he pulled into a vacant lot and "she's still yelling at me that I'm nothing but a piece of shit". His wife then allegedly said she had told the police that he had been abusing her and that they were about to arrest him, and threatened to get a court order to force him out of their home leaving her in the house, collecting alimony and child support. He says she told him that she felt sick every time he touched her, that he was a "lousy fuck" with a small penis, and that she would never have sex with him again. As stated, a psychological report filed by the defence at trial characterized the comments attributed to Mrs. Stone as "exceptionally

À mon avis, il s'ensuit des conclusions concordantes des tribunaux d'instance inférieure (selon lesquelles l'appelant a réussi à mettre en doute qu'il était conscient au moment de l'infraction) qu'il avait droit au verdict du jury quant à savoir si son comportement, quoique sensé, était involontaire. Étant donné que cette question n'a pas été soumise à l'appréciation du jury et que le ministère public a ainsi échappé à la seule véritable contestation de sa preuve, l'appelant a droit à un nouveau procès.

### I. Les faits

Je ne compte reprendre le résumé des faits du juge Bastarache que là où ce sera nécessaire pour expliquer notre divergence quant au résultat.

L'agression à coups de couteau a été précédée d'un trajet d'une journée en voiture, depuis la vallée de l'Okanagan jusqu'à Vancouver, pendant lequel la violence verbale de l'épouse de l'appelant a, d'après celui-ci, créé une situation explosive. L'appelant avait prévu emmener ses fils au restaurant et au cinéma, mais il a abandonné cette idée parce que son épouse s'y opposait. Il a plutôt rendu une brève visite à ses fils, pendant que son épouse l'attendait dans le camion. Selon lui, cette dernière a accentué ses attaques lorsqu'il a repris place derrière le volant. Elle lui a lancé sarcastiquement que son ex-épouse avait [TRADUCTION] «couché avec tous mes amis» (pendant leur mariage) et que «[mes fils] n'étaient pas de moi». Au fur et à mesure que la violence verbale se poursuivait, a-t-il dit, [TRADUCTION] «je pouvais voir qu'elle perdait la boule», et il s'est alors garé dans un terrain vague, et «elle continuait de me crier que je n'étais rien d'autre qu'un tas de merde». Son épouse lui aurait alors appris qu'elle avait déclaré à la police qu'il la maltraitait et qu'il était sur le point d'être arrêté, et elle l'aurait menacé d'aller chercher une ordonnance judiciaire en vue de le faire expulser du domicile conjugal, de garder la maison et d'obtenir une pension alimentaire pour elle et pour ses enfants. Elle lui aurait dit qu'il la dégoûtait chaque fois qu'il la touchait, qu'il était [TRADUCTION] «nul au lit» avec son petit pénis et qu'elle ne coucherait plus jamais avec lui. Comme nous l'avons vu, dans le rapport psychologique

6

7

8

cruel, psychologically sadistic, and profoundly rejecting”.

9 The appellant finally pulled off the highway in Burnaby to a vacant lot and described sitting in the truck with his head down, listening to his wife, and thinking that he and his boys did not deserve to be treated this way and “it’s just kind of fading away”. From there, he said, he remembered only a “whooshing” sensation washing over him, from his feet to his head. According to his account, when subsequently his eyes focussed, he was staring straight ahead and felt something in his hand. He looked down and saw his wife slumped over on the seat. He was holding the hunting knife that he kept stored in the truck. His wife was dead, having been stabbed 47 times. The appellant says that, at that time, he had no memory of stabbing his wife.

10 After 10 or 15 minutes, the appellant put his wife’s body in a toolbox in the back of the truck and returned home. The next day, he sold some assets, settled some debts, and flew to Mexico. At trial the appellant recounted that one morning (while in Mexico), he awoke with the sensation of having his throat cut. In trying to recall what he had been dreaming about, the appellant remembered his wife’s being stabbed in the chest. While the appellant maintained in his evidence-in-chief that he did not remember picking up the knife or taking it from its sheath, he did admit in cross-examination, when confronted with prior statements attributed to him in the psychiatrist’s report, to a vague recollection through the dream of stabbing his wife twice in the chest before the “whooshing” sensation. His psychiatrist, Dr. Paul Janke, testified that the appellant had told him that, while in Mexico, he “became aware of a memory of having a knife in his hand and stabbing Donna Stone twice in the chest before having the ‘whooshing’ sensation . . . whenever we talked about the stabbing, it would be in the context of stabbing twice and, and then having the whooshing experience” (emphasis added). One of Dr. Janke’s tasks was to separate out the effects of amnesia

déposé par la défense au procès, les propos attribués à M<sup>me</sup> Stone étaient qualifiés [TRADUCTION] «d’extrêmement cruel[s], de psychologiquement sadique[s] et comme exprimant un rejet profond».

L’appellant a finalement quitté la route à Burnaby et s’est garé dans un terrain vague. Il a déclaré qu’il était resté assis dans le camion, la tête baissée, à écouter son épouse et à penser que ses garçons et lui ne méritaient pas d’être traités ainsi, puis [TRADUCTION] «tout semble s’estomper». À partir de ce moment, il dit ne se rappeler que de la sensation «d’être emporté» par une vague le submergeant des pieds à la tête. Selon sa relation des faits, lorsqu’il a repris ses sens, il regardait droit devant lui et a senti quelque chose dans sa main. Il a aperçu son épouse affaissée sur le siège. Il tenait le couteau de chasse qu’il conservait dans le camion. Son épouse était morte, atteinte de 47 coups de couteau. L’appellant affirme qu’il ne se souvenait pas alors d’avoir poignardé son épouse.

Après 10 ou 15 minutes, l’appellant a placé le corps de son épouse dans une boîte à outils située à l’arrière du camion, et est retourné à la maison. Le lendemain, il a vendu quelques biens, réglé des dettes et s’est envolé pour le Mexique. Au procès, l’appellant a raconté qu’un matin (pendant son séjour au Mexique) il s’était réveillé en proie à la sensation qu’on lui tranchait la gorge. En essayant de se remémorer le rêve qu’il avait fait, il s’est souvenu que son épouse avait été poignardée à la poitrine. Bien qu’il ait maintenu, dans son témoignage principal, qu’il ne se rappelait pas s’être emparé du couteau ni l’avoir sorti de son étui, il a reconnu en contre-interrogatoire, lorsqu’il a été confronté à des déclarations antérieures que lui attribuait le rapport du psychiatre, se rappeler vaguement, à cause de son rêve, avoir poignardé son épouse à la poitrine à deux reprises avant d’éprouver la sensation [TRADUCTION] «d’être emporté». Son psychiatre, le D<sup>r</sup> Paul Janke, a témoigné en outre que l’appellant lui avait dit que, pendant son séjour au Mexique, [TRADUCTION] «lui était revenu le souvenir d’avoir eu un couteau à la main et d’avoir poignardé Donna Stone à la poitrine à deux reprises avant d’avoir la sensation «d’être emporté» [. . .] chaque fois que nous

after the event from the alleged unconsciousness during the events themselves, for as noted by Lord Denning in *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, at p. 409: “Loss of memory afterwards is never a defence in itself, so long as he was conscious at the time”.

Roughly six weeks after the stabbing, the appellant returned to Canada and surrendered to police.

At trial, Dr. Janke testified for the defence that, at the time of the stabbing, the appellant was in a dissociative state caused by “extreme” psychological blows:

Q But the comments that you reviewed and that are in evidence between Mrs. Stone and Mr. Stone aren't such, are they, of such an extraordinary nature that they might reasonably be presumed to affect the ordinary person?

A We — I would be astonished if somebody told me that being, being informed that they were about to lose their home and all their possessions; that their, what they thought were their children by a former wife were actually the product of affairs that the wife was having; and ultimately being told that you had a small penis and were poor in bed, most men would find that an extraordinary blow. If somebody told me they weren't upset by that, I would be concerned about it.

Q No question —

A Those are extreme —

Q — that he was upset.

A No, those are extreme blows.

The defence was confronted with the decision of this Court in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, which was said to hold that unless a state of automatism can be attributed on the evidence to

parlions de l'agression à coups de couteau, il était question de deux coups suivis de cette sensation» (je souligne). L'une des tâches du Dr Janke consistait à séparer les effets de l'amnésie postérieure à l'épisode en cause de la présumée perte de conscience pendant le déroulement de l'épisode lui-même. En effet, comme l'a signalé lord Denning dans *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, à la p. 409: [TRADUCTION] «La perte de mémoire après coup ne constitue jamais un moyen de défense en soi dans la mesure où la personne était consciente sur le coup».

Environ six semaines après l'agression à coups de couteau, l'appelant est revenu au Canada et s'est livré à la police.

Au procès, le Dr Janke appelé à témoigner par la défense a affirmé qu'au moment de l'agression à coups de couteau l'appelant se trouvait dans un état de dissociation résultant de chocs psychologiques [TRADUCTION] «très graves»:

[TRADUCTION]

Q Mais les propos échangés entre M. et Mme Stone, que vous avez examinés et qui ont été soumis en preuve, ne sont pas, n'est-ce-pas, si exceptionnels qu'on pourrait raisonnablement présumer qu'ils affecteraient une personne ordinaire?

R Nous — je serais étonné si des hommes me disaient, après avoir appris qu'ils sont sur le point de perdre leur foyer et toutes leurs possessions, que les enfants issus d'un précédent mariage, qu'ils croyaient être les leurs, sont en réalité le fruit d'aventures que leur épouse a eues, et qui finissent par se faire dire qu'ils ont un petit pénis et qu'ils sont nuls au lit, ils considéreraient, pour la plupart, qu'il s'agit d'un choc terrible. Si quelqu'un me disait qu'il n'est pas bouleversé par de tels propos, je m'en inquiérais.

Q Il n'y a pas de doute —

R C'est très grave —

Q — qu'il était bouleversé.

R Non, ce sont des chocs très graves.

La défense était confrontée à l'arrêt de notre Cour *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, qui, disait-on, voulait qu'à moins que la preuve ne permette d'attribuer un état d'automatisme à une

11

12

13

some cause external to the mind of the accused, it must be related to a plea of insanity.

14

The appellant tried to run simultaneously both the non-insane and insane branches of the automatism plea, as well as provocation. He suggested, based on an *obiter dictum* in *Rabey, supra*, that the “psychological shock” inflicted on him was of so great a magnitude that it would have unhinged the ordinary person, thus qualifying as “externally” induced automatism which had nothing to do with a disease of the mind in any organic or other medical sense. He submitted in the alternative that if, contrary to the psychiatric evidence, the courts were to insist on characterizing his condition as a disease of the mind, then a finding of NCRMD would be consistent with Dr. Janke’s evidence that the unconscious nature of his conduct excluded an “appreciation” of the consequences.

## II. Judgments

### A. *The Supreme Court of British Columbia*

#### (1) The Evidential Ruling in the Appellant’s Favour

15

Brenner J. reasoned that the “defence” of automatism is only available where there is evidence of unconsciousness throughout the entire commission of a crime. While recognizing that there was some evidence before the court to the effect that the appellant recalled stabbing his wife twice in the chest, Brenner J. ultimately held that an accused’s having some recollection of what has occurred does not preclude the availability of the defence. That decided, he held, seemingly based on the entirety of the defence testimony, that there was evidence of unconsciousness throughout the commission of the offence and the accused had successfully laid a foundation for the plea of automatism. The relevant portion of his ruling is as follows:

In this case, it is my view that there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the

cause externe sans rapport avec l’esprit de l’accusé, cet état doit être relié à une défense d’aliénation mentale.

L’appellant a tenté d’invoquer simultanément la défense d’automatisme sans aliénation mentale et la défense d’automatisme avec aliénation mentale, ainsi que la provocation. Il a soutenu, en se fondant sur une remarque incidente de *Rabey*, précité, que le « choc psychologique » qu’il avait subi était si grave qu’il aurait fait perdre la raison à une personne ordinaire, de sorte qu’il pouvait être qualifié d’automatisme provoqué par un élément « externe », qui n’avait rien à voir avec une maladie mentale au sens organique ou dans tout autre sens médical. Il a allégué subsidiairement que si, en dépit de la preuve psychiatrique, les tribunaux devaient insister pour qualifier son état de maladie mentale, un verdict de NRCTM serait alors compatible avec le témoignage du Dr Janke selon lequel la nature inconsciente de son comportement excluait la capacité d’en « juger » les conséquences.

## II. Les jugements

### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

#### (1) La décision en matière de preuve rendue en faveur de l’appelant

Le juge Brenner estimait que la « défense » d’automatisme ne peut être invoquée que lorsqu’il est établi qu’il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. Tout en reconnaissant que la cour était saisie d’une certaine preuve que l’appelant se rappelait avoir poignardé son épouse à la poitrine à deux reprises, le juge Brenner a finalement conclu que ce moyen de défense peut être invoqué même si l’accusé a un certain souvenir de ce qui s’est passé. Après avoir tiré cette conclusion, il a décidé, en s’appuyant, semble-t-il, sur l’ensemble du témoignage de la défense, qu’il était prouvé qu’il y avait eu perte de conscience tout au long de la perpétration de l’infraction et que l’accusé avait réussi à établir les fondements d’une défense d’automatisme. Voici la partie pertinente de sa décision:

[TRADUCTION] Je suis d’avis qu’il est établi, en l’espèce, qu’il y a eu perte de conscience tout au long de la

crime. The only evidence of recall is the recollection that came to the accused following a dream after he had gone to Mexico some days after the event.

That being the case, it seems to me that the defence has met the threshold test pursuant to which I must at least consider whether the defence of automatism of either the insane or non-insane variety should be left to the jury. [Emphasis added.]

(2) The Withdrawal of the Issue of Non-Insane Automatism from the Jury

Brenner J. considered that, in the absence of evidence to the contrary, the cause of the automatism (if it existed) must have been “internal” to the appellant’s brain. On this basis, he concluded that he was bound by *R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193, to withhold the defence of “non-insane automatism” from the jury. In *MacLeod* the British Columbia Court of Appeal had applied the *Rabey* analysis to an accused who claimed to have “dissociated” owing to an accumulation of stresses in his family life and, while dissociated, to have sexually assaulted a five-year-old child who suffered from cerebral palsy. The British Columbia Court of Appeal in *MacLeod* held that the accused was either insane or should be held criminally responsible for his actions notwithstanding the alleged automatism.

(3) The Jury Charge

Brenner J. referred the jury to the specific pieces of evidence particularly relevant to consideration of the automatism defence. In the course of this process, he highlighted the evidence of dissociation:

Dr. Janke, the forensic psychiatrist who testified for the defence, expressed the opinion that the accused was in a dissociative state when he killed his wife, and Dr. Murphy, the Crown forensic psychiatrist, expressed the opinion that the likelihood of the accused being in a dissociative state was very low.

perpétration du crime. La seule preuve concernant la mémoire est celle du souvenir qui est revenu à l’accusé à la suite d’un rêve qu’il a fait pendant son séjour au Mexique, quelques jours plus tard.

Cela étant, il me semble que la défense a rempli la condition préliminaire et que je dois donc, à tout le moins, examiner si le moyen de défense fondé sur l’automatisme, avec ou sans aliénation mentale, devrait être soumis à l’appréciation du jury. [Je souligne.]

(2) L’omission de soumettre à l’appréciation du jury la question de l’automatisme sans aliénation mentale

Le juge Brenner a considéré qu’en l’absence de preuve contraire la cause de l’automatisme (à supposer qu’il y ait eu automatisme) devait avoir été «dans» la tête de l’appelant. Pour ce motif, il a conclu qu’en raison de l’arrêt *R. c. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193, il devait s’abstenir de soumettre à l’appréciation du jury la défense d’«automatisme sans aliénation mentale». Dans *MacLeod*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait appliqué l’analyse de l’arrêt *Rabey* au cas d’un accusé qui prétendait que c’est pendant qu’il se trouvait dans un état de «dissociation» causé par l’accumulation de stress dans sa vie familiale qu’il avait agressé sexuellement une enfant de cinq ans atteinte de paralysie cérébrale. Selon la cour, ou bien l’accusé souffrait d’aliénation mentale ou bien il devrait être tenu criminellement responsable de ses actes, nonobstant l’automatisme allégué.

(3) L’exposé au jury

Le juge Brenner a mentionné au jury les éléments de preuve qui sont particulièrement utiles pour examiner la défense d’automatisme. Ce faisant, il a souligné la preuve de dissociation:

[TRADUCTION] Le D<sup>r</sup> Janke, le psychiatre légiste qui a témoigné pour la défense, a exprimé l’opinion que l’accusé se trouvait dans un état de dissociation quand il a tué son épouse, alors que le D<sup>r</sup> Murphy, le psychiatre légiste du ministère public, s’est dit d’avis qu’il était fort improbable que l’accusé ait alors été dans un tel état.

16

17

You will recall that Dr. Janke explained to you what dissociation was. He explained the phenomenon as a situation where an individual's thinking component and his judgment is separated from his body and his actions. He explained to you it was typically associated with some loss of memory, and I took from his evidence that the degree of memory loss will often or frequently depend on how deep the dissociative state.

He says, in his opinion, at the time the accused killed his wife, he did not have control over his actions, and a person in the accused's state, in Dr. Janke's opinion, would not appreciate the nature and quality of his act. [Emphasis added.]

18 Brenner J. concluded his instruction on this point by explaining the series of questions the jury should address:

If you are satisfied on a balance of probabilities that the evidence establishes that the accused was suffering from a disease of the mind, you must then determine whether the disease of the mind rendered him either incapable of appreciating the nature and quality of the act he was doing or incapable of knowing that the act was wrong.

We do not know, of course, on which aspects of these multi-faceted questions the accused failed to satisfy the jury. We only know that at the conclusion of their deliberations the following exchange took place:

REGISTRAR: Members of the jury, have you reached a verdict?

MR. FOREMAN: We have, my lord.

THE COURT: Mr. Foreman, do you find the accused criminally responsible or not criminally responsible by reason of mental disorder?

THE FOREMAN: We find that the defendant is criminally responsible.

THE COURT: Proceed with the next question, Madam Registrar.

REGISTRAR: Do you find the accused guilty or not guilty of second degree murder.

THE FOREMAN: Not guilty.

Rappelez-vous que le D<sup>r</sup> Janke vous a expliqué ce qu'était la dissociation. Il a décrit ce phénomène comme une situation dans laquelle la pensée et le discernement d'une personne sont séparés de son corps et de ses actions. Il vous a expliqué que cet état s'accompagnait habituellement d'une perte de mémoire et j'ai déduit de son témoignage que le degré de cette perte de mémoire dépend souvent de la gravité de la dissociation.

Il affirme, dans son opinion, qu'au moment où l'accusé a tué son épouse il n'avait pas la maîtrise de ses actes, et une personne dans cet état est incapable, selon le D<sup>r</sup> Janke, de juger de la nature et de la qualité de l'acte qu'elle accomplit. [Je souligne.]

Le juge Brenner a conclu ses directives sur ce point en expliquant la série de questions que le jury devrait aborder:

[TRADUCTION] Si vous êtes convaincus, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve démontre que l'accusé souffrait d'une maladie mentale, vous devez déterminer si cette maladie le rendait incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte qu'il accomplissait, ou de savoir qu'il était mauvais.

Nous ignorons, bien sûr, relativement à quels aspects de ces questions à volets multiples l'accusé n'a pas convaincu le jury. Nous savons seulement qu'à la clôture des délibérations du jury, les propos suivants ont été échangés:

[TRADUCTION]

LA GREFFIÈRE: Membres du jury, êtes-vous parvenus à un verdict?

LE PRÉSIDENT: Oui, Votre Honneur.

LA COUR: Monsieur le président, déclarez-vous l'accusé criminellement responsable ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux?

LE PRÉSIDENT: Nous déclarons le défendeur criminellement responsable.

LA COUR: Madame la greffière, posez la prochaine question.

LA GREFFIÈRE: Déclarez-vous l'accusé coupable ou non coupable de meurtre au deuxième degré?

LE PRÉSIDENT: Non coupable.

THE COURT: Thank you, Mr. Foreman.

Based on that verdict, I will direct that a verdict of guilty of the offence of manslaughter be entered. . . .

The jury was not told that if they concluded that the accused was not suffering from a disease of the mind they could nevertheless decide that the appellant's actions were not voluntary and that such a finding, if made, would necessitate an acquittal. The jury was told, in effect, that notwithstanding the trial judge's ruling that there was evidence of "unconsciousness throughout the commission of the crime", the minimum verdict was manslaughter.

(4) Compelled Disclosure of the Expert Report to Crown

At the conclusion of the defence opening address, the Crown asked that the trial judge order that the defence provide them with a copy of Dr. Janke's report. Defence counsel objected that he had no obligation to disclose the report until Dr. Janke was called to the witness stand.

Brenner J. ordered that the report be produced stating that "the Crown ought to be in a position of being able to explore on cross-examination with the accused whatever statements Dr. Janke may or may not have relied upon in his report".

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 86 B.C.A.C. 169

(1) The Automatism Issue

McEachern C.J. began by noting at p. 173 that, when considering whether to put a possible defence to a jury, a trial judge must determine whether there is sufficient evidence to lend an "air of reality" to the defence. He held that the trial judge had found that there was an "air of reality" to the appellant's assertion of automatism, but that

LA COUR: Merci, Monsieur le président.

Compte tenu de ce verdict, je vais ordonner l'inscription d'un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable . . .

Le jury n'a pas été informé que, même s'il concluait que l'accusé n'était pas atteint d'une maladie mentale, il pourrait néanmoins décider que ses actes n'étaient pas volontaires, et qu'une telle décision commanderait, le cas échéant, l'acquittal. En fait, on lui a dit que, même si le juge du procès avait conclu à l'absence de preuve d'une [TRADUCTION] «perte de conscience tout au long de la perpétration du crime», le verdict minimal qui devrait être prononcé était celui d'homicide involontaire coupable.

(4) La communication forcée du rapport d'expert au ministère public

À la fin de l'exposé initial de la défense, le ministère public a demandé au juge du procès d'ordonner à la défense de lui remettre un exemplaire du rapport du D<sup>r</sup> Janke. L'avocat de la défense s'est opposé à cette demande, en prétendant qu'il n'était nullement tenu de communiquer le rapport avant que le D<sup>r</sup> Janke ait été appelé à la barre. 19

Le juge Brenner a ordonné la production du rapport parce que [TRADUCTION] «le ministère public devrait être en mesure d'étudier, lors du contre-interrogatoire de l'accusé, toute déclaration sur laquelle le D<sup>r</sup> Janke a pu ou non s'appuyer dans son rapport». 20

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 86 B.C.A.C. 169

(1) La question de l'automatisme

Le juge en chef McEachern a commencé par souligner, à la p. 173, que, pour décider s'il convient de soumettre un moyen de défense possible à l'appréciation du jury, le juge du procès doit se demander si la preuve est suffisante pour conférer une «vraisemblance» à ce moyen de défense. Il a statué que le juge du procès avait conclu à la «vraisemblance» de l'allégation d'automatisme de l'appelant mais que sa conclusion s'appliquait à la 21

this conclusion related to the concept in general, and not to a specific form of automatism.

notion générale d'automatisme et non à une forme particulière de cet état.

22 Despite somewhat inconsistent evidence, both the trial court and the Court of Appeal held that there was evidence of dissociation throughout the length of the appellant's attack on his wife.

Malgré une preuve quelque peu contradictoire, le tribunal de première instance et la Cour d'appel ont tous deux jugé qu'il y avait preuve de l'existence d'un état de dissociation tout au long de l'attaque de l'appelant contre son épouse.

23 Referring to *Rabey*, *supra*, McEachern C.J. reasoned at p. 173 that the trial judge next had to determine if there was any evidence "from which the jury could reasonably conclude that the dissociated state was not caused by a disease of the mind" (emphasis added). In the absence of such evidence, he held that a dissociated state could only result from a disease of the mind.

Mentionnant l'arrêt *Rabey*, précité, le juge en chef McEachern a expliqué, à la p. 173, que le juge du procès devait ensuite déterminer s'il existait une preuve [TRADUCTION] «qui permettrait au jury de conclure raisonnablement que l'état de dissociation n'a pas été causé par une maladie mentale» (je souligne). Il a statué qu'en l'absence d'une telle preuve la dissociation ne pouvait qu'être le fruit d'une maladie mentale.

24 McEachern C.J. noted by a process of elimination that the only potential explanation for Stone's behaviour was the impact of his wife's abuse. He considered that such psychological blows are usually insufficient to cause "non-insane automatism". This led to the conclusion that the violent reaction to psychological trauma should be attributed primarily to the individual's internal psychological or emotional weaknesses. He held, at p. 175, that Brenner J. had properly applied the *Rabey* test in concluding that the cause of the appellant's dissociative state, if such had occurred, was primarily related to his reaction to verbal abuse "which is more properly characterized as an internal as opposed to an external cause, and is, accordingly, a disease of the mind" (emphasis added). As such, he held that the trial judge had properly refused to put "sane automatism" to the jury.

En procédant par élimination, le juge en chef McEachern a fait remarquer que le comportement de Stone ne pouvait s'expliquer que par l'incidence de la violence verbale de son épouse. Il a considéré que de tels chocs psychologiques sont généralement insuffisants pour causer l'«automatisme sans aliénation mentale». Cela amenait à conclure que la réaction violente à un traumatisme psychologique devait être attribuée principalement à la propre faiblesse psychologique ou émotive de l'individu. Il a statué, à la p. 175, que le juge Brenner avait correctement appliqué le critère de l'arrêt *Rabey* en déterminant que l'état de dissociation dans lequel pouvait s'être éventuellement trouvé l'appelant était principalement lié à sa réaction à la violence verbale, [TRADUCTION] «qui représente plus une cause interne qu'une cause externe, et qui constitue donc une maladie mentale» (je souligne). Il a ainsi décidé que le juge du procès avait eu raison de refuser de soumettre à l'appréciation du jury la défense «d'automatisme sans aliénation mentale».

25 McEachern C.J. noted that this Court's decision in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871 (the sleep-walker case), may justify using something other than an internal/external cause approach to identify a "disease of the mind". He referred specifically to a passage from the majority judgment of La Forest J. which said that the distinction drawn

Le juge en chef McEachern a fait observer que l'arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871 (l'affaire du somnambule), de notre Cour peut justifier le recours à autre chose que la théorie de la cause interne ou externe pour déterminer s'il y a «maladie mentale». Il a mentionné expressément un extrait des motifs majoritaires du juge La Forest,

in *Rabey* between internal and external causes is meant only as an analytical tool, and not as an all-encompassing methodology.

Despite this, McEachern C.J. preferred the *Rabey* approach. He thought, at p. 176, that the present case was one where, “but for some ill-defined, but readily understood internal component of a person’s psychological state, the ordinary processes of a conscious mind would normally prevent such a violent reaction to criticism and insults”. Viewing the problem as one of an exceptional frailty of mind, McEachern C.J. held that the trial judge was correct not to charge the jury on “non-insane automatism”.

(2) Compelled Disclosure of the Expert Report to Crown

McEachern C.J. recognized that, while the disclosure had permitted an orderly cross-examination of the appellant who was, inevitably, the only factual source for the psychiatric opinions, the trial judge should not have ordered the production of Dr. Janke’s report prior to his being called as a witness. In this respect he relied upon a long line of cases, including *R. v. Peruta* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350, *sub nom. Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), and *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), which confirmed that an expert report obtained for the assistance of counsel is privileged unless and until the accused takes the stand.

That said, McEachern C.J. preserved the conviction by relying on s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He held that no miscarriage of justice occurred as a result of the premature disclosure. Counsel for the accused had made a commitment in his opening address to the jury to call Dr. Janke. Disclosure would have been required once Dr. Janke had begun to testify because any privilege attaching to it would have been waived by the defence putting him on the stand. Absent timely disclosure, the Crown would have had the option of standing the accused down

où on explique que la distinction, dans *Rabey*, entre les causes internes et les causes externes n’est établie qu’à titre d’instrument d’analyse et non pas de méthode universelle.

Malgré cela, le juge en chef McEachern a préféré la méthode de l’arrêt *Rabey*. Selon lui, il s’agissait en l’espèce d’une affaire où [TRADUCTION] «n’était-ce la présence d’un élément interne mal défini mais facilement compréhensible de l’état psychologique d’une personne, le fonctionnement ordinaire d’un esprit conscient empêcherait normalement une réaction aussi violente à la critique et aux insultes» (p. 176). Considérant qu’il s’agissait d’un problème de fragilité mentale exceptionnelle, le juge en chef McEachern a conclu que le juge du procès avait eu raison de ne pas donner au jury des directives sur l’«automatisme sans aliénation mentale».

(2) La communication forcée du rapport d’expert au ministère public

Le juge en chef McEachern a reconnu que, même si la communication du rapport avait permis de contre-interroger méthodiquement l’appelant, qui était inévitablement la seule source factuelle des opinions psychiatriques, le juge du procès n’aurait pas dû ordonner la production du rapport du Dr Janke avant que celui-ci ait été appelé à témoigner. Il s’est appuyé, à cet égard, sur un long courant de jurisprudence, dont *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), et *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), confirmant que le rapport d’expert préparé pour aider un avocat est protégé tant et aussi longtemps que l’accusé n’a pas témoigné.

Cela dit, le juge en chef McEachern a confirmé la déclaration de culpabilité en se fondant sur le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il a statué qu’aucune erreur judiciaire n’avait résulté de la communication prématurée du rapport. Dans son exposé initial, l’avocat de l’accusé s’était engagé à faire témoigner le Dr Janke. Il aurait été nécessaire de communiquer le rapport dès que le Dr Janke aurait commencé à témoigner car, en l’appelant à la barre, la défense aurait renoncé à tout privilège rattaché au rapport. Si le rapport n’avait pas été communiqué en temps

26

27

28

and resuming his cross-examination after Dr. Janke had testified and the report had been disclosed. Accordingly, the end result would have been the same.

### III. Analysis

#### A. *The Automatism Issue*

29

This appeal raises questions about the allocation of issues between the judge and jury in the difficult area of automatism. Part of the difficulty stems from the concern of some judges that juries may be too quick to accept the story of an accused that he or she doesn't remember what happened, or that the conduct was "uncontrollable", or some other feigned version of events. In *R. v. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602 (C.A.), at p. 608, Schroeder J.A. observed that automatism is:

... a defence which in a true and proper case may be the only one open to an honest man, but it may just as readily be the last refuge of a scoundrel. It is for these reasons that a Judge presiding at a trial has the responsibility cast upon him of separating the wheat from the chaff.

One might also cite to the same effect the scoffing tone of G. Williams in his *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at pp. 673-74:

... where a person who is fully awake flees from the police, or attacks another in jealousy or anger, a defence of dissociation is hard to credit, however many experts are called to give evidence in support of it. How strange, the layman may say, and how very convenient for the defendant, that this alleged state of dissociation descended on him at the very moment when he had reason for evading the police, or when he was face to face with a person whom he had a strong motive for attacking. The more down-to-earth explanation of the defendant's "narrowing of the field of consciousness" is that it resulted merely from an overwhelming passion which led him to pay no attention to ordinary moral or prudential considerations; this is not inconsistent with the supposition that he was perfectly aware of what he was doing, psychiatric evidence to the contrary notwithstanding.

opportun, le ministère public aurait eu le choix d'interrompre le contre-interrogatoire de l'accusé pour le reprendre après le témoignage du D<sup>r</sup> Janke et la communication du rapport. Le résultat final aurait donc été le même.

### III. Analyse

#### A. *La question de l'automatisme*

Le présent pourvoi soulève des questions au sujet de la répartition entre le juge et le jury des points litigieux dans le domaine épineux de l'automatisme. Le problème découle en partie du fait que certains juges craignent que le jury accepte trop facilement la prétention d'un accusé qu'il ne se souvient pas de ce qui s'est passé ou que sa conduite était «incontrôlable», ou toute autre version simulée des faits. Dans *R. c. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602 (C.A.), à la p. 608, le juge Schroeder fait observer que l'automatisme est:

[TRADUCTION] ... un moyen de défense qui, dans un cas qui s'y prête vraiment, peut être le seul dont dispose un honnête homme, mais il peut tout aussi bien être le dernier recours d'une canaille. C'est pourquoi il incombe au juge qui préside le procès de séparer l'ivraie du bon grain.

On pourrait également citer, dans le même sens, les propos sarcastiques que G. Williams tient dans son *Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), aux pp. 673 et 674:

[TRADUCTION] ... lorsqu'une personne parfaitement lucide fuit la police ou attaque une autre personne dans un accès de jalousie ou de colère, il est difficile d'ajouter foi à une défense de dissociation, peu importe le nombre d'experts qui défilent à la barre pour témoigner de son bien-fondé. Comme il est étrange, peut dire le profane, et comme cela tombe bien pour le défendeur qu'il ait été plongé dans ce prétendu état de dissociation au moment même où il avait tout lieu de fuir la police ou lorsqu'il s'est trouvé face à face avec une personne qu'il avait de fortes raisons d'attaquer. L'explication la plus prosaïque du «rétrécissement du champ de conscience» du défendeur est qu'il résulte simplement d'une passion irrépressible qui l'a amené à faire fi des considérations ordinaires de morale ou de prudence; cela n'est pas incompatible avec la supposition qu'il était parfaitement conscient de ce qu'il faisait, en dépit de la preuve psychiatrique contraire.

In giving heed to these wise words of scepticism, the courts must nevertheless respect the allocation by Parliament to the jury the tasks of assessing credibility and the making of findings of fact. A concern that the jury may fall into error is no basis for taking away part of its jurisdiction. The central feature of this appeal is the finding of the trial judge, accepted by the British Columbia Court of Appeal, that there was “evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime”. The appellant says he was entitled to have his case dealt with by the jury on that basis.

#### (1) The Evidentiary Ruling

The trial judge properly instructed himself with respect to the evidential onus. He applied the test set out by Dickson J., as he then was, in *Rabey*, *supra*, at p. 552:

In principle, the defence of automatism should be available whenever there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime, that cannot be attributed to fault or negligence of his part. Such evidence should be supported by expert medical opinion that the accused did not feign memory loss and that there is no underlying pathological condition which points to a disease requiring detention and treatment.

Although given in dissent, Dickson J.’s statement of the evidential burden was subsequently adopted and applied by the majority of this Court in *Parks*, *supra*.

The trial judge properly applied the test. There is no suggestion that the appellant’s alleged state of unconsciousness, if it existed, came about through his own fault or negligence. The appellant’s evidence that he was unconscious “throughout the commission of the crime” was supported by the expert medical opinion of Dr. Janke, who said it was a “necessary component” of doing his forensic assessment to determine whether the appellant was “fabricating”. Dr. Janke went further than merely reporting what the appellant had said

Tout en tenant compte de cette sage expression de scepticisme, les tribunaux doivent néanmoins respecter l’attribution par le législateur au jury de la tâche d’évaluer la crédibilité et de tirer des conclusions de fait. La crainte de voir le jury commettre une erreur n’est pas une raison de lui retirer une partie de sa compétence. Le nœud du présent pourvoi est la conclusion du juge du procès, acceptée par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, qu’il était [TRADUCTION] «établi [. . .] qu’il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime». L’appelant affirme qu’il avait droit à ce que le jury examine ses arguments à la lumière de cette preuve.

#### (1) La décision en matière de preuve

Le juge du procès s’est bien instruit du droit relativement à la charge de présentation. Il a appliqué le critère énoncé par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans l’arrêt *Rabey*, précité, à la p. 552:

En principe, l’automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu’est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime et qu’on ne peut l’imputer à la faute ou à la négligence de l’accusé. Une telle preuve doit être étayée par le témoignage d’un médecin portant que l’accusé n’a pas simulé une perte de mémoire et qu’il n’existe pas d’état pathologique sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements.

Même si l’énoncé que le juge Dickson a fait de la charge de présentation était contenu dans des motifs de dissidence, notre Cour à la majorité l’a adopté et appliqué ultérieurement dans l’arrêt *Parks*, précité.

Le juge du procès a correctement appliqué le critère. Rien n’indique que la prétendue perte de conscience de l’appelant, à supposer qu’elle soit bel et bien survenue, a résulté de sa propre faute ou négligence. Le témoignage de l’appelant voulant qu’il ait été inconscient «tout au long de la perpétration du crime» était appuyé par l’opinion d’un expert en médecine, le Dr Janke, qui a affirmé qu’une [TRADUCTION] «partie essentielle» de son évaluation médicolégal avait consisté à déterminer si l’appelant «inventait une histoire». Le

30

31

to him. Dr. Janke's professional opinion was that the appellant was not fabricating his story, that the allegation of unconsciousness was corroborated to some extent by the appellant's psychological make-up, and that it would be very difficult (albeit not impossible) for the appellant to present a story of dissociation "in a sophisticated way that would fool an experienced forensic psychiatrist". Dr. Janke testified that the appellant suffered from no underlying pathological condition which pointed to a disease requiring detention and treatment.

D<sup>r</sup> Janke ne s'est pas contenté de rapporter simplement ce que l'appellant lui avait dit. L'opinion professionnelle du D<sup>r</sup> Janke était que l'appellant n'inventait pas une histoire, que son allégation de perte de conscience était corroborée dans une certaine mesure par sa constitution psychologique et qu'il lui serait très difficile (quoique non impossible) de présenter une histoire de dissociation [TRADUCTION] «d'une manière subtile au point de berner un psychiatre légiste expérimenté». Le D<sup>r</sup> Janke a témoigné que l'appellant ne souffrait d'aucun état pathologique sous-jacent qui indiquait une maladie nécessitant une détention et des traitements.

32

The evidence on unconsciousness was somewhat equivocal, in my review of it, but I did not have the advantage of seeing and hearing the appellant or Dr. Janke, and I am not in any position to impeach the conclusion of the trial judge that:

In this case, it is my view that there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime. The only evidence of recall is the recollection that came to the accused following a dream after he had gone to Mexico some days after the event.

That being the case, it seems to me that the defence has met the threshold test. . . . [Emphasis added.]

I agree with Bastarache J. in para. 192 of his reasons that it would be preferable to have additional corroborative evidence, such as bystanders to the event or a documented history of automatistic-like dissociative states. However, the absence of such corroboration cannot relieve the court of the duty to consider the defence that is in fact presented, warts and all. Under our system, once the evidential burden is met, the assessment of the credibility of the defence is up to the jury.

## (2) Proof of the Offence

33

In *Parks*, *supra*, a majority of this Court observed that "voluntariness" can be seen as part

La preuve concernant la perte de conscience était quelque peu équivoque, selon l'examen que j'en ai fait, mais comme je n'ai eu l'avantage de voir et d'entendre ni l'appellant ni le D<sup>r</sup> Janke, je ne saurais mettre en doute la conclusion suivante du juge du procès:

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il est établi, en l'espèce, qu'il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. La seule preuve concernant la mémoire est celle du souvenir qui est revenu à l'accusé à la suite d'un rêve qu'il a fait pendant son séjour au Mexique, quelque jours plus tard.

Cela étant, il me semble que la défense a rempli la condition préliminaire . . . [Je souligne.]

Je partage l'opinion exprimée par le juge Bastarache, au par. 192 de ses motifs, qu'il serait préférable de disposer d'autres éléments de preuve corroborants, comme la déposition de gens qui ont observé le fait ou des antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme. Toutefois, l'absence d'une telle corroboration ne saurait dégager la cour de son obligation d'examiner à la loupe la défense qui est en fait présentée. Dans notre système, il appartient au jury d'évaluer la crédibilité de la défense, dès qu'il est satisfait à la charge de présentation.

## (2) La preuve de l'infraction

Dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 896, notre Cour à la majorité a fait observer, par l'intermédiaire du juge La Forest, que le «caractère volontaire» peut être considéré comme une composante

of the *actus reus* requirement of criminal liability, per La Forest J., at p. 896:

Automatism occupies a unique place in our criminal law system. Although spoken of as a “defence”, it is conceptually a sub-set of the *voluntariness* requirement, which in turn is part of the *actus reus* component of criminal liability. [Emphasis added.]

The same point was made by Lamer C.J. and La Forest J. in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63. See also McLachlin J. in *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5 (cited by Cory J. in *Daviault*, at p. 74), who observed, at p. 17:

The term *mens rea*, properly understood, does not encompass all of the mental elements of a crime. The *actus reus* has its own mental element; the act must be the voluntary act of the accused for the *actus reus* to exist. *Mens rea*, on the other hand, refers to the guilty mind, the wrongful intention, of the accused. Its function in criminal law is to prevent the conviction of the morally innocent — those who do not understand or intend the consequences of their acts. Typically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*. [Emphasis added.]

Cory J. in *Daviault*, at pp. 75 and 102, pointed out that automatism may also relate in some circumstances to *mens rea*. See also *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. For the purposes of this appeal, however, it is sufficient to note that a claim of automatism puts in issue the Crown’s ability to prove all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt.

(3) Relieving the Crown of Part of its Persuasive Burden of Proof

The Crown supports the ruling of the courts in British Columbia on a number of grounds:

- (a) the presumption of voluntariness;
- (b) the decision of this Court in *Rabey*, *supra*;
- (c) the contention that the mental disorder provisions of the *Criminal Code* were

de l’exigence de l’*actus reus* en matière de responsabilité criminelle:

L’automatisme occupe une place très particulière dans notre système de droit pénal. Bien que qualifié de «défense», il forme essentiellement une composante de l’exigence concernant la *volonté*, qui fait elle-même partie de l’élément *actus reus* de la responsabilité criminelle. [Je souligne.]

Le juge en chef Lamer et le juge La Forest ont fait la même remarque dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63. Voir également les motifs du juge McLachlin dans *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5 (cités par le juge Cory dans *Daviault*, à la p. 74), où elle fait observer, à la p. 17:

Le terme *mens rea*, interprété correctement, n’inclut pas tous les éléments moraux d’un crime. L’*actus reus* comporte son propre élément moral; pour qu’il y ait *actus reus*, l’acte de l’accusé doit être volontaire. Par ailleurs, la *mens rea* renvoie à l’intention coupable, illégale, de l’accusé. En droit criminel, son rôle consiste à éviter que la personne moralement innocente — qui ne comprend ni ne souhaite les conséquences de ses actes — soit déclarée coupable. Habituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l’*actus reus* prohibé. [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Daviault*, aux pp. 75 et 102, le juge Cory a souligné que l’automatisme peut aussi se rapporter à la *mens rea* dans certaines circonstances. Voir également *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Pour les fins du présent pourvoi, il suffit cependant de souligner qu’une défense d’automatisme met en cause la capacité du ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l’infraction.

(3) Dégager le ministère public d’une partie de sa charge de persuasion

Le ministère public appuie la décision des tribunaux de la Colombie-Britannique pour un certain nombre de motifs:

- a) la présomption de caractère volontaire;
- b) l’arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour;
- c) l’argument que les dispositions du *Code criminel* relatives aux troubles mentaux

34

35

36

appropriate to resolve the automatism issue on the facts of this case.

permettaient de régler la question de l'automatisme selon les faits de la présente affaire.

I will address each of these Crown arguments in turn.

Je vais examiner à tour de rôle chacun de ces arguments du ministère public.

(a) *Ground 1: The Presumption of Voluntariness*

a) *Premier motif: la présomption de caractère volontaire*

37 The criminal law is premised on the responsibility of sane individuals for their voluntary acts or omissions. We infer from common experience that the acts of an apparently conscious person are usually voluntary. The issue here, however, is whether such an inference of voluntariness can be drawn after the trial judge has ruled that there is credible evidence that the accused was unconscious throughout the commission of the offence.

Le droit criminel est fondé sur la responsabilité des personnes saines d'esprit à l'égard de leurs actes ou omissions volontaires. L'expérience nous enseigne que les actes d'une personne apparemment consciente sont habituellement volontaires. Toutefois, la question qui se pose en l'espèce est de savoir s'il est possible de faire une telle déduction de caractère volontaire après que le juge du procès a décidé qu'il y a une preuve crédible que l'accusé était inconscient tout au long de la perpétration de l'infraction.

38 Everyday experience for most of us does not teach whether the acts of a person in a severely impaired state of consciousness, such as sleepwalking or an epileptic fit, are voluntary. Dickson J., dissenting, stated in *Rabey, supra*, at p. 545, "Consciousness is a *sine qua non* to criminal liability".

L'expérience quotidienne de la plupart d'entre nous ne nous enseigne pas si les actes accomplis par une personne se trouvant dans un état de conscience gravement diminué, comme dans le cas du somnambulisme ou de la crise d'épilepsie, sont volontaires. Le juge Dickson, dissident, affirme dans *Rabey*, précité, à la p. 545: «La conscience est une condition *sine qua non* de la responsabilité criminelle.»

(i) Relationship between Voluntariness and Consciousness

(i) Relation entre caractère volontaire et conscience

39 The concepts of unconsciousness and involuntariness are linked in the definition of automatism proposed by the Ontario High Court of Justice in *R. v. K. (1970)*, 3 C.C.C. (2d) 84, at p. 84, and adopted by a majority in this Court in *Rabey, supra*, at p. 518:

Les notions de perte de conscience et de caractère involontaire sont liées dans la définition d'automatisme proposée par la Haute Cour de justice de l'Ontario dans *R. c. K. (1970)*, 3 C.C.C. (2d) 84, à la p. 84, et adoptée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Rabey*, précité, à la p. 518:

Automatism is a term used to describe unconscious, involuntary behaviour, the state of a person who, though capable of action is not conscious of what he is doing. It means an unconscious involuntary act where the mind does not go with what is being done. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'automatisme désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. Il désigne un acte inconscient et involontaire, où l'esprit ne sait pas ce qui se produit. [Je souligne.]

The relationship between voluntariness and consciousness was also addressed by Mason C.J.,

Le lien entre le caractère volontaire et la conscience a également été abordé par le juge en chef

Brennan and McHugh JJ. in *R. v. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244 (Aust. H.C.), at p. 250:

Although the prosecution bears the ultimate onus of proving beyond reasonable doubt that an act which is an element of an offence charged was a willed act or, at common law, was done voluntarily . . . , the prosecution may rely on the inference that an act done by an apparently conscious actor is willed or voluntary to discharge that onus unless there are grounds for believing that the accused was unable to control that act. [Emphasis added.]

Just as the High Court was prepared to infer voluntariness from consciousness, evidence of lack of consciousness may support a claim of automatism (i.e., that there was a lack of voluntariness). The question is, What is meant in this context by “lack of consciousness”? In the present case, the Crown psychiatrist contended that in medical terms the appellant could not be considered unconscious:

A I’m not sure what unconscious means in the legal sense, but —

Q In the medical sense.

A In the medical sense, he wasn’t unconscious. Unconscious means flat out on the floor. He clearly wasn’t, from all the information that we have, unconscious in that sense.

From the legal perspective, “unconsciousness” is used in the sense that the accused, like the sleep-walker, is shown “not to have known what he was doing”. (See *Parks, supra*, and *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, at p. 187.) This excludes the person who is provoked and says, “I couldn’t help myself”, or who simply professes to be at a loss to explain uncharacteristic conduct: see generally Lord Denning in *Bratty, supra*, at p. 409, who there defined automatism as:

. . . an act which is done by the muscles without any control by the mind, such as a spasm, a reflex action or a convulsion; or an act done by a person who is not conscious of what he is doing, such as an act done

Mason et les juges Brennan et McHugh, dans *R. c. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244 (H.C. Austr.), à la p. 250:

[TRADUCTION] Bien qu’il lui incombe, en définitive, de prouver hors de tout doute raisonnable qu’un acte constituant un élément de l’infraction reprochée était voulu ou, en common law, a été accompli volontairement [. . .], la poursuite peut, pour s’acquitter de cette obligation, s’appuyer sur la déduction qu’un acte accompli par une personne apparemment consciente est voulu ou volontaire, sauf s’il y a des motifs de croire que l’accusé était incapable de le maîtriser. [Je souligne.]

De même que la Haute Cour était prête à déduire le caractère volontaire de la conscience, la preuve de l’absence de conscience peut étayer une allégation d’automatisme (c’est-à-dire, qu’il y avait absence de caractère volontaire). La question est de savoir ce qu’on entend par «absence de conscience» dans ce contexte. En l’espèce, le psychiatre du ministère public a prétendu qu’on ne pouvait pas considérer que l’appelant était inconscient au sens médical:

[TRADUCTION]

R Je ne suis pas certain du sens juridique du mot «inconscient», mais —

Q Au sens médical.

R Il n’était pas inconscient au sens médical. Inconscient signifie «être étendu complètement sur le sol». Selon les renseignements dont nous disposons, il n’était manifestement pas inconscient dans ce sens.

Sur le plan juridique, l’expression «perte de conscience» est utilisée dans le sens qu’il est démontré que l’accusé, comme le somnambule, [TRADUCTION] «ne savait pas ce qu’il faisait». (Voir *Parks, précité*, et *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, à la p. 187.) Cela exclut la personne qui agit sous le coup de la provocation et dit «Je n’ai pas pu m’en empêcher», ou qui affirme simplement qu’elle est incapable d’expliquer un comportement qui ne lui ressemble pas: voir, de manière générale, les motifs de lord Denning dans *Bratty, précité*, à la p. 409, qui renferment la définition suivante de l’automatisme:

[TRADUCTION] . . . une activité musculaire qui échappe au contrôle de l’esprit, tel un spasme, un réflexe ou une convulsion; ou un acte accompli par une personne qui n’a pas conscience de ce qu’elle fait, tel un acte

whilst suffering from concussion or whilst sleep-walking. [Emphasis added.]

Voluntary action presupposes a measure of conscious control. Dickson J. in *Rabey* allowed, at p. 522, that, “[a]t common law, a person who engaged in what would otherwise have been criminal conduct was not guilty of a crime if he did so in a state of unconsciousness or semi-consciousness” (emphasis added). In context, however, the reference to “semi-consciousness” was to a state of diminished awareness that negated control. I think Crown counsel’s submissions in oral argument were consistent with this approach. He submitted that automatism describes “involuntary behaviour that occurs without the minimum mental element necessary to will the act”, and “[i]t is the state of a person who, though capable of action, is incapable of knowing that the act is taking place” (emphasis added). His definitions encompassed the notions of awareness and control. I agree with the Crown’s submissions in this regard. Dr. Janke, the defence psychiatrist, used “consciousness” in the sense of awareness or control, as is clear from the following extracts from his evidence:

[A person] can, as in Mr. Stone’s case, have a fragment of memory and, fragmentary memory even before the attack, the actual attack on Donna Stone, and not be in a, not have any control over what they are actually doing.

Based on Mr. Stone’s descriptions of the events and my understanding of the circumstances from the other materials, it would be my opinion that he did not have control over his actions. [Emphasis added.]

At the same time, the evidence that the appellant recalled some weeks after the killing “stabbing twice and, and then having the whooshing experience” raised an important problem for the trial judge. If it were contended that the appellant suffered a “black-out” of consciousness, and was incapable of exercising any conscious control over

accompli alors qu’elle souffre d’une commotion ou qu’elle est dans un état de somnambulisme. [Je souligne.]

L’acte volontaire suppose un degré de maîtrise consciente. Dans l’arrêt *Rabey*, précité, à la p. 522, le juge Dickson a reconnu que, «[e]n *common law*, une personne dont la conduite serait par ailleurs criminelle n’est pas coupable d’un acte criminel si elle a agi dans un état d’inconscience ou de demi-conscience» (je souligne). Dans cette affaire, toutefois, la «demi-conscience» était un état de lucidité amoindrie qui annulait toute maîtrise. Je crois que les observations faites par le substitut du procureur général au cours de sa plaidoirie étaient compatibles avec ce point de vue. Il a fait valoir que l’automatisme décrit [TRADUCTION] «un comportement involontaire qui se produit en l’absence de l’élément mental minimum nécessaire pour que l’acte soit voulu», et qu’«[i]l s’agit de l’état d’une personne qui, bien qu’elle soit capable d’agir, est incapable de savoir qu’elle est en train d’accomplir son acte» (je souligne). Ses définitions englobaient les notions de lucidité et de maîtrise. Je retiens les observations du ministère public sur ce point. Le Dr Janke, psychiatre de la défense, a employé le mot [TRADUCTION] «conscience» dans le sens de lucidité ou de maîtrise, comme l’indiquent clairement les extraits suivants de son témoignage:

[TRADUCTION] Il se peut qu’[une personne] ait des bribes de mémoire, une mémoire fragmentaire, comme dans le cas de M. Stone, même avant l’agression, l’agression même de Donna Stone, et qu’elle ne soit, qu’elle n’ait aucune maîtrise de l’acte qu’elle est en train d’accomplir.

Compte tenu de la description des faits donnée par M. Stone et de la compréhension des circonstances que j’ai acquise grâce aux autres documents, je dirais qu’il n’avait pas la maîtrise de ses actes. [Je souligne.]

En même temps, la preuve que l’appelant s’était souvenu, quelques semaines après l’homicide, de [TRADUCTION] «deux coups [de couteau] suivis de la sensation [d’être emporté]» posait un grave problème au juge du procès. Si on prétendait l’appelant a subi une «perte momentanée» de conscience et qu’il était incapable d’avoir la moindre maîtrise

his actions, voluntariness would be put in issue. The appellant would have identified an explanation for his lack of control, namely that he was unconscious at the time. If, however, the appellant was conscious, even for only the initial stab wounds, he would be confronted with the presumption of voluntariness for that period of time. The trial judge dealt with this issue as follows:

During the submissions by counsel, I indicated that my review of the authorities suggested that the defence of automatism was only available in the event that there is evidence of unconsciousness throughout the entire commission of a crime. That is the language used by Chief Justice Dickson. In this case, there is some evidence that the accused was aware and was not unconscious throughout the commission of the crime. He was able to testify before the court that he recalled stabbing his wife twice in the chest. The question at issue at this stage is whether that evidence takes this case out of the realm of automatism as a matter of law.

. . . .

On my reading of the authorities, I conclude that the authorities do not exclude the possibility of the defence of automatism being available because an accused is able to have some recollection of what occurred.

In this case, it is my view that there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime. The only evidence of recall is the recollection that came to the accused following a dream after he had gone to Mexico some days after the event.

That being the case, it seems to me that the defence has met the threshold test. . . .

The trial judge thus found, at the conclusion of a careful analysis, that a properly instructed jury, acting reasonably, could find that the appellant was unconscious “throughout the commission of the crime”. He found the evidence was capable (if believed) of satisfying the definition of automatism given by Dickson J. in *Rabey*. In these circumstances, “the defence of automatism should be available” (*Rabey, supra, per Dickson J.*, at p. 552). This initial ruling was not disturbed by the British Columbia Court of Appeal. This Court is thus confronted with concurrent findings on this

consciente de ses actes, la question du caractère volontaire entrerait en jeu. L’appelant aurait une explication de son absence de maîtrise, à savoir qu’il était alors inconscient. Toutefois, si l’appelant était conscient, ne serait-ce qu’au moment où il a asséné les premiers coups de couteau, la présomption de caractère volontaire relativement à cette période jouerait contre lui. Le juge du procès s’est prononcé sur ce point en ces termes:

[TRADUCTION] Au cours des observations des avocats, j’ai indiqué qu’il ressortait de mon examen de la jurisprudence que la défense d’automatisme ne pouvait être invoquée que lorsqu’il est établi qu’il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson. En l’espèce, il est établi jusqu’à un certain point que l’accusé était lucide et n’était pas inconscient tout au long de la perpétration du crime. Il a été en mesure de témoigner devant le tribunal qu’il se souvenait avoir poignardé son épouse à la poitrine à deux reprises. Il s’agit maintenant de savoir si, en droit, cette preuve empêche d’invoquer la défense d’automatisme en l’espèce.

. . . .

Selon mon interprétation de la jurisprudence, je conclus qu’elle n’écarte pas la possibilité d’invoquer la défense d’automatisme du fait que l’accusé a un certain souvenir de ce qui s’est passé.

Je suis d’avis qu’il est établi, en l’espèce, qu’il y a eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. La seule preuve concernant la mémoire est celle du souvenir qui est revenu à l’accusé à la suite d’un rêve qu’il a fait pendant son séjour au Mexique, quelques jours plus tard.

Cela étant, il me semble que la défense a rempli la condition préliminaire . . .

Le juge du procès a donc décidé, au terme d’une analyse minutieuse, qu’un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement pourrait conclure que l’appelant était inconscient [TRADUCTION] «tout au long de la perpétration du crime». Il a conclu que cette preuve était susceptible (si on y ajoutait foi) de satisfaire à la définition de l’automatisme donnée par le juge Dickson dans *Rabey*. Dans ces circonstances, «l’automatisme devrait être un moyen de défense» (*Rabey, précité*, le juge Dickson, à la p. 552). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’a pas modifié cette

crucial point. The remaining issue is whether there was any legal justification for depriving the appellant of the benefit of that evidentiary ruling, and taking the issue of automatism away from the jury.

(ii) Provocation and Automatism

41 The appellant relied on both automatism and provocation. It is important to differentiate these concepts. Automatism is not a medically repackaged and enhanced variant of the provocation defence, although provocation is sometimes put forward as a fallback position in the event automatism is rejected. As stated, a plea of automatism puts in issue the Crown's ability to prove its case. Provocation, under s. 232 of the *Code*, operates to reduce to manslaughter an established case of "[c]ulpable homicide that otherwise would be murder". The two concepts are quite distinct and their application depends on the nature of the impact on an accused of the triggering event.

42 In *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, the accused, who was born in India, killed the woman he wanted to marry by stabbing her with a knife. The accused had travelled from Toronto to Regina to see the victim, a divorced mother of Hungarian origin, with whom he had had an on-again off-again romantic attachment for about seven years. From the victim's point of view, the romance had cooled. She wanted the accused out of her house and out of her life. Her son testified (at p. 459) that prior to the stabbing his mother had said, "I will not marry you because you are black", although the accused denied hearing this remark. Two or three of the victim's letters were produced by the accused to the victim's children. The victim tore up an envelope, symbolically ending the relationship. Events exploded. The victim was stabbed. This Court, in a divided decision, held that the defence of insane automatism had properly been left with the jury (which rejected it) and that the precipitating conduct did not amount to provocation because it did not constitute a "wrongful act

décision initiale. Notre Cour se trouve donc devant deux conclusions concordantes sur ce point crucial. Il reste à examiner s'il y avait une raison, en droit, de priver l'appelant du bénéfice de cette décision en matière de preuve, et de soustraire à l'appréciation du jury la question de l'automatisme.

(ii) Provocation et automatisme

L'appelant a invoqué à la fois l'automatisme et la provocation. Il importe de distinguer ces deux notions. L'automatisme n'est pas une nouvelle version améliorée apprêtée à la sauce médicale de la défense de provocation, même si la provocation est parfois invoquée comme solution de secours dans le cas où l'automatisme est rejeté. Comme nous l'avons vu, la défense d'automatisme met en cause la capacité du ministère public de faire sa preuve. La provocation, au sens de l'art. 232 du *Code*, a pour effet de réduire à un homicide involontaire coupable un cas prouvé d'«homicide coupable qui autrement serait un meurtre». Ce sont deux notions tout à fait distinctes, dont l'application dépend de l'incidence qu'a eu l'élément déclencheur sur l'accusé.

Dans l'affaire *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, l'accusé, qui était né en Inde, avait poignardé à mort la femme qu'il voulait épouser. Il avait fait le voyage de Toronto à Regina pour voir la victime, une mère divorcée d'origine hongroise avec qui il entretenait une relation amoureuse intermittente depuis environ sept ans. Mais les sentiments de la victime s'étaient refroidis. Elle voulait que l'accusé sorte de sa maison et de sa vie. Son fils a témoigné (à la p. 459) qu'avant l'attaque à coups de couteau sa mère avait dit à l'accusé [TRADUCTION] «Je ne t'épouserai pas parce que tu es noir», mais ce dernier niait avoir entendu cette remarque. L'accusé a remis aux enfants de la victime deux ou trois lettres qu'il avait reçues d'elle. Celle-ci a déchiré une enveloppe, mettant symboliquement fin à la relation. Les événements se sont précipités. La victime a été poignardée. Notre Cour a statué, dans une décision partagée, que la défense d'automatisme avec aliénation mentale avait été soumise à bon droit à l'appréciation du jury (qui l'a rejetée) et que le comportement déclencheur ne

or insult” within the meaning of the *Code* (p. 473). The Court did not allow the jury to consider the plea of non-insane automatism. *Parnerkar* was a precursor to *Rabey* in this respect.

There would clearly be a concern about the prospect of conduct insufficient to ground provocation nevertheless being permitted to support non-insane automatism (or, to use the current term, non-mental disorder automatism), which, of course, may lead to an outright acquittal rather than a reduction from murder to manslaughter. The key distinction between the two concepts is that automatism relates to a lack of voluntariness in the accused, an essential element of the offence, while provocation is a recognition that an accused who “voluntarily” committed all the elements of murder may nevertheless have been provoked by a wrongful act or insult that would have been sufficient, on an objective basis, to deprive an ordinary person of the power of self-control. Thus, a constitutional challenge to the “objective” elements of the provocation defence failed, correctly in my view, in *R. v. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272 (Ont. C.A.), on the grounds that provocation did not arise for consideration until after the Crown had successfully established all of the “subjective” elements of unlawful homicide beyond a reasonable doubt. The provocation defence did not relieve the Crown of any element of its proof. Provocation simply operates, where applicable, to reduce murder to manslaughter. Thus, while evidence relating to the events preceding the commission of an offence may raise questions about both automatism and provocation, very different proof of facts must be made before either one of these issues can be left with the jury.

### (iii) Onus of Proof

My colleague Bastarache J. proposes, at para. 179, that the Court take this opportunity to add to the evidential burden on the accused a second and

constituait pas de la provocation parce qu’il ne s’agissait pas d’«[une] action injuste ou d’[une] insulte» au sens du *Code* (p. 473). La Cour n’a pas permis au jury d’examiner la défense d’automatisme sans aliénation mentale. *Parnerkar* était précurseur de l’arrêt *Rabey* à cet égard.

On craignait nettement qu’un comportement insuffisant pour constituer de la provocation puisse justifier une défense d’automatisme sans aliénation mentale (ou pour utiliser l’expression courante, une défense d’automatisme sans troubles mentaux), qui peut évidemment mener à l’acquittement complet au lieu de réduire un meurtre à un homicide involontaire coupable. La distinction fondamentale entre les deux notions est que l’automatisme est lié à l’absence de caractère volontaire chez l’accusé, qui constitue un élément essentiel de l’infraction, alors que la provocation est une reconnaissance que l’accusé qui a accompli «volontairement» tous les éléments d’un meurtre peut néanmoins avoir été provoqué par un acte injuste ou une insulte qui auraient été objectivement suffisants pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Ainsi, une contestation constitutionnelle des éléments «objectifs» de la défense de provocation a été rejetée, à juste titre selon moi, dans *R. c. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272 (C.A. Ont.), pour le motif que la provocation n’avait été invoquée qu’après que le ministère public eut fait la preuve hors de tout doute raisonnable de tous les éléments «subjectifs» d’un homicide illégal. La défense de provocation n’enlevait rien à la preuve que devait faire le ministère public. La provocation a seulement pour effet, le cas échéant, de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Par conséquent, bien que la preuve des événements qui ont précédé la perpétration de l’infraction puisse soulever des questions tant sur l’automatisme que sur la provocation, une preuve des faits très différente est requise pour que l’un ou l’autre de ces questions puisse être soumise à l’appréciation du jury.

### (iii) La charge de preuve

Mon collègue le juge Bastarache propose, au par. 179 de ses motifs, que la Cour saisisse l’occasion pour ajouter à la charge de présentation

more onerous obstacle, namely the persuasive or legal burden on the accused to establish automatism on a balance of probabilities. The onus issue does not truly arise on the facts of the appeal. The issue of non-mental disorder automatism was not put to the jury at all, and it is superfluous to consider what ought to have been said about onus had the trial judge done what he didn't do and, as the appeal is to be dismissed, he will never have to do in this case.

45

More importantly, piling the persuasive burden on top of the evidential burden represents a change in the law as settled by this Court in *Parks, supra*, only seven years ago. In his majority judgment in *Parks*, La Forest J. reproduced with approval, at p. 897, a portion of Dickson J.'s earlier dissent in *Rabey*. In that passage, Dickson J. was careful to emphasize that imposition of an evidential burden as a matter of policy to filter out frivolous claims did not in any way indicate that an accused carried any part of the persuasive or legal burden, whether on a balance of probabilities or otherwise. See *Rabey*, at p. 545:

The prosecution must prove every element of the crime charged. One such element is the state of mind of the accused, in the sense that the act was voluntary. The circumstances are normally such as to permit a presumption of volition and mental capacity. That is not so when the accused, as here, has placed before the court, by cross-examination of Crown witnesses or by evidence called on his own behalf, or both, evidence sufficient to raise an issue that he was unconscious of his actions at the time of the alleged offence. No burden of proof is imposed upon an accused raising such defence beyond pointing to facts which indicate the existence of such a condition . . . . [Emphasis added.]

La Forest J. in *Parks, supra*, added the following explanation at p. 897:

... [the judge] must determine whether there is some evidence on the record to support leaving the defence with the jury. This is sometimes referred to as laying the

qui incombe à l'accusé un second obstacle plus difficile à franchir, savoir la charge de persuasion ou charge ultime consistant à établir l'automatisme selon la prépondérance des probabilités. La question de la charge de preuve ne se pose pas vraiment d'après les faits du pourvoi. La question de l'automatisme sans troubles mentaux n'a pas du tout été soumise à l'appréciation du jury et il est inutile d'examiner ce qui aurait dû être dit au sujet de la charge de preuve si le juge du procès avait fait ce qu'il n'a pas fait et, comme le pourvoi doit être rejeté, ce qu'il n'aura jamais à faire en l'espèce.

Qui plus est, superposer la charge de persuasion à la charge de présentation représente une modification du droit établi, il y a seulement sept ans, par notre Cour dans l'arrêt *Parks*, précité. Dans les motifs majoritaires qu'il a rédigés dans cet arrêt, le juge La Forest a reproduit, en l'approuvant, à la p. 897, une partie de la dissidence antérieure du juge Dickson dans *Rabey*. Dans cet extrait, le juge Dickson a pris soin de souligner que l'imposition, pour des raisons d'ordre public, d'une charge de présentation destinée à exclure les allégations futiles n'indique nullement que l'accusé assume une partie de la charge de persuasion, selon la prépondérance des probabilités ou autrement. Voir *Rabey*, à la p. 545:

La poursuite doit prouver chacun des éléments de l'acte criminel imputé. Un de ces éléments est l'état mental de l'accusé, démontrant que l'acte est volontaire. En temps normal, les circonstances sont telles qu'elles permettent de présumer la volonté et la capacité mentale. Ce n'est pas le cas lorsqu'un accusé, comme en l'espèce, produit devant la cour, par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite ou par l'interrogatoire de ses propres témoins ou les deux à la fois, des éléments de preuve suffisants pour qu'on se demande s'il savait ce qu'il faisait lorsqu'il a commis l'infraction alléguée. La charge de la preuve qui incombe à un accusé qui fait valoir ce moyen de défense ne consiste qu'à souligner des faits qui indiquent l'existence d'un tel état . . . [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 897, le juge La Forest ajoute l'explication suivante:

... [le juge] doit déterminer si le dossier renferme une preuve justifiant la présentation de la défense au jury. C'est ce qu'on appelle parfois établir les fondements de

proper foundation for the defence; see *Bratty, supra*, at pp. 405 and 413. Thus an evidential burden rests with the accused, and the mere assertion of the defence will not suffice; see *Bratty*, at p. 414. [Emphasis added.]

The concept of an evidential burden is “a product of the jury system”, *per* J. Sopinka, S. Lederman and A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 61. The authors contrast the evidential burden with the legal or persuasive burden as follows, at p. 58:

The significance of the evidential burden arises when there is a question as to which party has the right or the obligation to begin adducing evidence. It also arises when there is a question as to whether sufficient evidence has been adduced to raise an issue for determination by the trier of fact. The legal burden of proof normally arises after the evidence has been completed and the question is whether the trier of fact has been persuaded with respect to the issue or case to the civil or criminal standard of proof. The legal burden, however, ordinarily arises after a party has first satisfied an evidential burden in relation to that fact or issue.

It is no part of an “evidential burden” to require an accused to go on to satisfy the jury on a balance of probabilities or otherwise about the facts in issue — *per* Dickson C.J. in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, at p. 467:

The party with an evidential burden is not required to convince the trier of fact of anything, only to point out evidence which suggests that certain facts existed.

In neither *Rabey* nor *Parks* was it suggested, much less decided, that the accused should shoulder any part of the persuasive or legal burden of proof. On the contrary, the evidential burden was put forward in both cases as a safeguard against putting the Crown too quickly or too lightly to the task of discharging the persuasive or legal burden of proof.

This allocation of responsibilities is not without its critics. The Minister of Justice, in her 1993 *Proposals to amend the Criminal Code (general principles)*, suggested that the burden of proof in

la défense; voir *Bratty*, précité, aux pp. 405 et 413. Ainsi, [une charge de présentation] incombe à l'accusé qui ne peut se contenter de faire valoir la défense; voir *Bratty*, à la p. 414. [Je souligne.]

La notion de charge de présentation est le [TRADUCTION] «fruit du système de jury» (J. Sopinka, S. Lederman et A. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 61). Les auteurs opposent ainsi la charge de présentation à la charge de persuasion, à la p. 58:

[TRADUCTION] L'importance de la charge de présentation ressort lorsqu'il s'agit de savoir quelle partie a le droit ou l'obligation de commencer à produire sa preuve. Elle ressort également lorsqu'il s'agit de savoir si la preuve produite est suffisante pour soulever une question devant être tranchée par le juge des faits. La charge de persuasion entre normalement en jeu une fois terminée la présentation de la preuve, et il s'agit de savoir si le juge des faits est convaincu en ce qui concerne le fait ou le point litigieux, selon la norme de preuve applicable en matière civile ou criminelle. La charge de persuasion intervient normalement après qu'une partie s'est acquittée de sa charge de présentation relativement à ce fait ou à ce point litigieux.

La «charge de présentation» n'oblige nullement que l'accusé à convaincre ensuite le jury, selon la prépondérance des probabilités ou autrement, de l'existence des faits en cause — le juge en chef Dickson dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, à la p. 467:

La partie à laquelle incombe la charge de présentation n'est pas tenue de convaincre le juge des faits de quoi que ce soit, elle n'a qu'à faire ressortir les éléments de preuve qui suggèrent l'existence de certains faits.

Dans les arrêts *Rabey* et *Parks*, on n'a nullement laissé entendre, et encore moins décidé, que l'accusé doit assumer une partie de la charge de persuasion. Au contraire, la charge de présentation a été présentée dans les deux cas comme un moyen d'éviter de confier, trop rapidement ou trop à la légère, au ministère public la tâche de s'acquitter de la charge de persuasion.

Cette répartition des responsabilités ne fait pas l'unanimité. Dans sa *Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)* de 1993, le ministre de la Justice a recommandé que, dans tous

46

47

48

all cases of automatism be on a balance of probabilities by the party that raised the issue. Parliament has not seen fit to act on this recommendation. I do not believe, with respect, that the Court ought to take it upon itself to reverse the persuasive burden to the disadvantage of the accused simply because the Court may find an unenacted policy initiative more attractive than the established law. Parliament made a choice to impose a persuasive burden on a balance of probabilities in the case of mental disorder which includes mental disorder automatism. It did not do so in the case of non-mental disorder automatism. Any such imposition would require a justification under s. 1 of the *Charter*. On this appeal, however, neither the respondent nor any of the Attorneys General who intervened in the appeal (Canada, Ontario and Alberta) suggested that such a change of onus was either desirable or necessary.

49

In my view, the decisions of this Court in *Chaulk, supra*, and *Daviault, supra*, do not warrant a reversal of the persuasive burden. Such a reversal would create a potential for injustice where a jury is obliged to convict an accused who properly raised the issue of automatism even though the jury entertains a reasonable doubt about the voluntariness of the accused's conduct. In *Chaulk* the Court dealt with a statutory reverse onus in the context of insanity. Section 16(4) of the *Code* provided at the time that "[e]very one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane". The Court agreed that placing a burden of proof on the accused to persuade the jury of insanity on a balance of probabilities infringed the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, per Lamer C.J., at pp. 1330-31:

Section 16(4) allows a factor which is essential for guilt to be presumed, rather than proven by the Crown beyond a reasonable doubt. Moreover, it requires an accused to disprove sanity (or prove insanity) on a balance of probabilities; it therefore violates the presumption of innocence because it permits a conviction in

les cas, la partie qui invoque l'automatisme soit tenue d'en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités. Le législateur n'a pas jugé bon de donner suite à cette recommandation. En toute déférence, je ne crois pas que la Cour devrait prendre l'initiative d'inverser la charge de persuasion au détriment de l'accusé pour la seule raison qu'elle estime qu'une mesure d'ordre public d'origine non législative est plus attrayante que le droit établi. Le législateur a choisi d'imposer une charge de persuasion selon la prépondérance des probabilités dans le cas des troubles mentaux, qui incluent l'automatisme avec troubles mentaux. Il ne l'a pas fait dans le cas de l'automatisme sans troubles mentaux. L'imposition d'une telle charge devrait être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Dans le présent pourvoi cependant, ni l'intimée ni aucun des procureurs généraux intervenants (Canada, Ontario et Alberta) n'a laissé entendre qu'un tel changement de la charge de preuve était souhaitable ou nécessaire.

À mon avis, les arrêts *Chaulk* et *Daviault*, précités, de notre Cour ne justifient pas l'inversion de la charge de persuasion. Une telle inversion créerait un risque d'injustice dans le cas où un jury est tenu de déclarer coupable un accusé qui a soulevé à juste titre la question de l'automatisme, même s'il a un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la conduite de ce dernier. Dans *Chaulk*, la Cour a examiné l'inversion de la charge de preuve que le par. 16(4) du *Code* prescrivait dans le contexte de l'aliénation mentale. Ce paragraphe prévoyait, à l'époque, que «[j]usqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit». La Cour a convenu que l'imposition à l'accusé d'une charge de preuve l'obligeant à convaincre le jury, selon la prépondérance des probabilités, qu'il souffrait d'aliénation mentale violait la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte* (le juge en chef Lamer, aux pp. 1330 et 1331):

Or, le par. 16(4) permet que l'existence d'un facteur essentiel de culpabilité soit présumée, au lieu d'être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable. Par surcroît, il oblige l'accusé à réfuter qu'il était sain d'esprit (ou à démontrer l'aliénation) selon la prépondérance des probabilités; il viole par conséquent

spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. [Emphasis in original.]

A majority of the Court saved the reverse onus under s. 1 based on evidence and submissions (p. 1337) of the “impossibly onerous burden of disproving insanity”. There has been no equivalent showing under s. 1 in this case.

In *Daviault*, on the other hand, a majority of the Court recognized an exception to the existing common law rule established in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, that the *mens rea* of a general intent offence could not be negated by evidence of even extreme drunkenness. The Court was concerned that the common law rule violated the *Charter*. As Cory J. stated in *Daviault*, at p. 73:

In my opinion, the principles embodied in our *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and more specifically in ss. 7 and 11(d), mandate a limited exception to, or some flexibility in, the application of the *Leary* rule. [Emphasis added.]

The price of the “limited exception to” the *Leary* rule was that the accused, who experienced the steps by which he got himself drunk, was required to show, on a balance of probability, that the drunkenness induced an absence of awareness that was akin to a state of insanity or automatism. At p. 101, Cory J. explained:

This Court has recognized, in *R. v. Chaulk* . . . , that although it constituted a violation of the accused’s rights under s. 11(d) of the *Charter*, such a burden could be justified under s. 1. In this case, I feel that the burden can be justified. Drunkenness of the extreme degree required in order for it to become relevant will only occur on rare occasions. It is only the accused who can give evidence as to the amount of alcohol consumed and its effect upon him.

The Court thus concluded that a s. 1 justification had been established. Drunkenness is a matter of degree. It is a reasonably common phenomenon in its lesser manifestations. In its extreme form it

la présomption d’innocence parce qu’il permet une déclaration de culpabilité malgré l’existence d’un doute raisonnable dans l’esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l’accusé. [Souligné dans l’original.]

La Cour à la majorité s’est fondée sur la preuve et les observations (p. 1337) démontrant la «charge écrasante de prouver l’inexistence de l’aliénation», pour sauvegarder l’inversion de la charge de preuve en vertu de l’article premier. Dans la présente affaire, aucune démonstration équivalente n’a été faite en vertu de l’article premier.

Par ailleurs, dans *Daviault*, la Cour à la majorité a reconnu une exception à la règle de common law établie dans *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, selon laquelle la *mens rea* requise dans le cas d’une infraction d’intention générale ne pouvait pas être annulée même par une preuve d’ivresse extrême. La Cour craignait que la règle de common law ne viole la *Charte*. Comme le juge Cory l’a affirmé dans l’arrêt *Daviault*, à la p. 73:

À mon avis, les principes inscrits dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, et plus précisément à l’art. 7 et à l’al. 11d), exigent qu’on apporte une exception limitée, ou une certaine flexibilité, à l’application de la règle de l’arrêt *Leary*. [Je souligne.]

Le prix de l’«exception limitée» à la règle de l’arrêt *Leary* était que l’accusé, qui s’était enivré progressivement, était tenu d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que l’ivresse avait entraîné une absence de conscience voisine de l’aliénation ou de l’automatisme. À la page 101, le juge Cory explique:

Dans l’arrêt *R. c. Chaulk* [. . .], notre Cour a reconnu qu’une telle charge, même si elle constituait une violation des droits de l’accusé en vertu de l’al. 11d) de la *Charte*, pouvait être justifiée en vertu de l’article premier. En l’espèce, j’estime que cette charge peut être justifiée. L’ivresse au degré extrême nécessaire pour constituer un facteur pertinent ne se produira qu’en de rares occasions. Seul l’accusé est en mesure de témoigner quant à la quantité d’alcool qu’il a consommée et aux effets que cela lui a causés.

La Cour a ainsi conclu qu’il y avait justification au sens de l’article premier. L’ivresse est une affaire de degrés. C’est un phénomène raisonnablement courant dans ses manifestations bénignes. Sous sa

may produce a potential defence akin to automatism to which special rules apply. *Daviault* did not suggest a reversal of the persuasive burden whenever the state of mind of an accused is successfully put in issue, in provocation for example (s. 232, *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37), or self-defence (s. 34, *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, *R. v. Malott*, [1998] 1 S.C.R. 123), or an accused's belief as to consent to an assault (s. 265(4), *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 682-83); in all such cases (and many others) the Crown carries the persuasive burden to negate a state of mind asserted by the accused, despite the fact that an accused is often in a better position than the Crown to shed light on his or her state of mind at the time of the alleged crime. The accused may be in a better position to shed light on most elements of the offence. The Crown did not ask for a reverse onus where non-insane automatism is in issue and therefore did not put forward a case for the application of s. 1. I do not believe the Court ought to embark on organizing its own s. 1 justification where none of the Attorneys General saw fit even to propose the shift of the persuasive onus much less to try to justify it.

forme extrême, elle peut engendrer une possibilité de défense voisine de l'automatisme, qui obéit à des règles particulières. L'arrêt *Daviault* ne propose pas l'inversion de la charge de persuasion chaque fois que l'état d'esprit de l'accusé est mis en doute avec succès comme, par exemple, dans le cas de la provocation (art. 232, *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37) ou de la légitime défense (art. 34, *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, *R. c. Malott*, [1998] 1 R.C.S. 123), ou encore dans celui de la croyance de l'accusé quant au consentement à des voies de fait (par. 265(4), *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 682 et 683); dans tous ces cas (et bien d'autres), le ministère public doit s'acquitter de la charge de persuasion consistant à établir l'inexistence de l'état d'esprit allégué par l'accusé, même si l'accusé est souvent mieux placé que le ministère public pour clarifier son état d'esprit au moment de la perpétration du crime reproché. Il se peut que l'accusé soit mieux placé pour clarifier la plupart des éléments de l'infraction. Le ministère public n'a pas demandé l'inversion de la charge de preuve dans le cas où l'automatisme sans aliénation mentale est en cause, et n'a donc pas avancé des arguments en faveur de l'application de l'article premier. Je ne crois pas que notre Cour devrait entreprendre de monter sa propre justification en vertu de l'article premier alors qu'aucun des procureurs généraux n'a même jugé bon de proposer le déplacement de la charge de persuasion, et encore moins de tenter de le justifier.

51

Courts in most other jurisdictions, including the United Kingdom, the United States, Australia and New Zealand, impose only an evidential burden on an accused. The persuasive or legal burden remains on the Crown — the United Kingdom: see *Bratty, supra, per* Viscount Kilmuir L.C., at p. 406, *per* Lord Denning, at p. 413, and *per* Lord Morris of Borth-y-Gest, at p. 416, and see *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1990), vol. 11(1), at para. 6; the United States: see *State v. Hinkle*, 489 S.E.2d 257 (W. Va. 1996), and see W. LaFave and A. Scott, *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, at p. 545:

Seule une charge de présentation est imposée à l'accusé par les tribunaux de la plupart des autres ressorts, dont ceux du Royaume-Uni, des États-Unis, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. La charge de persuasion continue d'incomber au ministère public — Royaume-Uni: voir *Bratty, précité*, le lord chancelier le vicomte Kilmuir, à la p. 406, lord Denning, à la p. 413, et lord Morris of Borth-y-Gest, à la p. 416, et voir *Halsbury's Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1990), vol. 11(1), au par. 6; États-Unis: voir *State c. Hinkle*, 489 S.E.2d 257 (W. Va. 1996), et voir W. LaFave et A. Scott, *Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, à la p. 545:

Some authority is to be found to the effect that the defendant has the burden of proving the defense of automatism. The prevailing view, however, is that the defendant need only produce evidence raising a doubt as to his consciousness at the time of the alleged crime. If the defense really is concerned with whether the defendant engaged in a voluntary act, an essential element of the crime, then it would seem that the burden of proof must as a constitutional matter be on the prosecution.

See also Australia: *Falconer, supra*, at p. 250, and *Hawkins v. The Queen* (1994), 72 A. Crim. R. 288 (H.C.), at pp. 292-93; and New Zealand: *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, at pp. 1007-8, and *Police v. Bannin*, [1991] 2 N.Z.L.R. 237 (H.C.), at p. 242.

This weight of criminal practice in comparable jurisdictions would make it awkward for an attorney general to argue that a reverse onus in this case is demonstrably justified "in a free and democratic society" within the meaning of s. 1 of the *Charter*, but, as stated, none of the Attorneys General who appeared before us even attempted to make this argument.

I am not persuaded, in any event, that the onus of proof would be decisive on the facts of this case. There were only two witnesses supporting automatism, the accused and his medical expert. If they were disbelieved, the Crown would have had no difficulty discharging its persuasive onus. If they were believed, on the other hand, switching the persuasive onus to the defence would not have saved the prosecution from defeat.

(b) *Ground 2: The Decision of this Court in Rabey, supra*

The Crown's second principal submission is that even if it were to be found that the conduct of the appellant was involuntary, a majority of this Court in *Rabey, supra*, held that automatism which cannot be attributed to any external cause, such as a blow on the head, should be characterized as a

[TRADUCTION] Il existe des précédents selon lesquels la preuve de la défense d'automatisme incombe au défendeur. Le point de vue dominant veut toutefois que le défendeur ne soit tenu que de présenter une preuve suscitant un doute concernant la conscience qu'il avait au moment de la perpétration du crime reproché. Si la défense se préoccupe vraiment de la question de savoir si le défendeur a accompli un acte volontaire, un élément essentiel du crime, il semblerait alors que, sur le plan constitutionnel, la charge de preuve devrait incomber à la poursuite.

Voir également Australie: *Falconer*, précité, à la p. 250, et *Hawkins c. The Queen* (1994), 72 A. Crim. R. 288 (H.C.), aux pp. 292 et 293; Nouvelle-Zélande: *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, aux pp. 1007 et 1008, et *Police c. Bannin*, [1991] 2 N.Z.L.R. 237 (H.C.), à la p. 242.

L'importance de cette pratique en matière criminelle dans des ressorts comparables fait en sorte qu'un procureur général pourrait difficilement faire valoir que la justification d'une inversion de la charge de preuve en l'espèce peut se démontrer «dans le cadre d'une société libre et démocratique» au sens de l'article premier de la *Charte*, mais, comme nous l'avons vu, aucun des procureurs généraux qui ont comparu devant nous n'a même tenté d'avancer cet argument.

De toute façon, je ne suis pas convaincu que la charge de preuve serait déterminante suivant les faits de la présente affaire. Seuls deux témoins sont venus étayer l'automatisme, l'accusé et son expert en médecine. Si on ne les avait pas crus, le ministère public n'aurait eu aucune difficulté à s'acquitter de sa charge de persuasion. En revanche, si on les avait crus, le fait de transférer à la défense la charge de persuasion n'aurait pas empêché la poursuite d'échouer.

b) *Deuxième motif: l'arrêt Rabey, précité, de notre Cour*

Le deuxième argument principal du ministère public est que, même si on devait conclure que le comportement de l'appelant était involontaire, il reste que, dans l'arrêt *Rabey*, précité, notre Cour à la majorité a décidé que l'automatisme qui n'est pas attribuable à une cause externe, comme un

52

53

54

disease of the mind. The Crown says that an “ordinary person” could be assumed to have the capacity to shoulder such a “psychological blow” as was here inflicted on the appellant by his wife without dissociating. The cause of the appellant’s “dissociation”, if such it was, should therefore be attributed to a disease of the mind. The *Rabey* classification scheme, it was acknowledged, is not borrowed from medical science, but the Crown says it can be justified on the notion that “disease of the mind” is a legal not a medical concept. The result, says the Crown, is that, as the jury refused to accept the NCRMD plea, it was properly required to convict the accused without considering evidence (which the court has found to be reasonably capable of belief) that the conduct was involuntary.

55 While I have been using, to this point, the traditional terms “insane” and “non-insane” automatism, it is more convenient from this point onwards to refer to “mental disorder” automatism and “non-mental disorder” automatism. This is because the amendments to s. 16 of the *Code* made in 1991 (S.C. 1991, c. 43) removed all references to the term “insanity” from the *Code* and the common law terms should be correspondingly updated to minimize confusion.

56 It is important to make careful note of the facts in *Rabey, supra*. The accused was an “emotionally immature” male student at the University of Toronto, who had become smitten by an attractive outgoing female student. She did not reciprocate his affections. In fact, she wrote a rather contemptuous and demeaning note about him to a friend. The note was never intended for the eyes of the accused, but it fell into his possession and he was devastated by what he read. The accused and the woman subsequently found themselves alone in a university building, at which point the accused, suffering what he said was a “psychological black-out”, brutally beat the woman whom he said he loved more than anyone else he had ever met.

coup à la tête, devrait être qualifié de maladie mentale. Le ministère public affirme qu’on pourrait présumer qu’une «personne ordinaire» est capable d’absorber un «choc psychologique» comme celui qui a été infligé à l’appelant par son épouse, sans sombrer dans un état de dissociation. La cause de la «dissociation» de l’appelant, si tant est qu’il y a eu dissociation, devrait donc être attribuée à une maladie mentale. Il a été reconnu que le régime de classification établi dans *Rabey* n’est pas emprunté à la médecine, mais le ministère public soutient qu’il peut se justifier par l’idée que l’expression «maladie mentale» est une notion juridique et non pas médicale. Il s’ensuit, d’affirmer le ministère public, qu’étant donné que le jury a rejeté la défense de NRCTM il était régulièrement tenu de déclarer l’accusé coupable sans examiner la preuve du caractère involontaire du comportement (jugée raisonnablement digne de foi par la cour).

Bien que j’aie utilisé jusqu’à maintenant les termes traditionnels automatisme «avec aliénation mentale» et automatisme «sans aliénation mentale», il sera désormais plus approprié de parler d’automatisme «avec troubles mentaux» et d’automatisme «sans troubles mentaux». Cela est dû au fait que les modifications apportées en 1991 (L.C. 1991, ch. 43) à l’art. 16 du *Code* ont retranché du *Code* toute mention de l’expression «aliénation mentale», de sorte que les expressions utilisées en common law devraient être mises à jour en conséquence afin de réduire les risques de confusion.

Il importe de noter attentivement les faits de l’arrêt *Rabey*, précité. L’accusé, un étudiant à l’Université de Toronto, était «immature sur le plan affectif». Il s’était épris d’une étudiante séduisante et sociable, qui ne partageait pas ses sentiments. En fait, elle avait tenu, à son sujet, des propos plutôt méprisants et humiliants dans un billet adressé à une amie, qui ne devait pas être lu par l’accusé mais sur lequel il était tombé, et dont la lecture l’avait profondément blessé. Par la suite, l’accusé et la jeune fille s’étaient trouvés seuls ensemble dans un pavillon universitaire et l’accusé, souffrant de ce qu’il a appelé une «perte momentanée de conscience», a sauvagement battu la femme qu’il disait aimer plus que toute autre

Expert evidence called by the defence at trial supported the theory of a “blackout” induced by a psychological blow without any accompanying “disease of the mind”. The trial judge put the issue of non-mental disorder automatism to the jury, who acquitted. The Ontario Court of Appeal reversed that decision ((1977), 17 O.R. (2d) 1). Martin J.A. comprehensively reviewed the precedents and concluded, at p. 22, that the student had merely suffered one of “the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind” and was not entitled to the benefit of non-mental disorder automatism. Martin J.A. considered that the so-called “blow” would not have caused an ordinary person to black out. If it blacked out the accused, he must have been suffering from some mental frailty which the law would regard as a disease of the mind. In the absence of a disease of the mind, Martin J.A. seemed to feel, the evidence of a “blackout” from such a minor rebuff was simply not credible. Martin J.A. was clearly perturbed that the jury had acquitted on such evidence. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial at which the accused would be allowed to run only an insanity defence. The decision and the reasoning of Martin J.A. were adopted by a majority of this Court.

Critical to the analysis of Martin J.A. was the concept that a “psychological blackout” could be attributed to one of three sources: (1) an external cause such as a blow to the head in which case an accused would be entitled to raise non-mental disorder automatism, (2) an internal cause that would be likely to produce a similar psychological impact on a person of everyday sensibilities and psychological make-up, such as a person’s witnessing the killing of his or her own children, which could qualify as an “external” cause and which might (the point was left open) entitle an accused to plead non-mental disorder automatism, or (3) an internal cause which was triggered by no more

personne. Le témoignage de l’expert appelé à la barre par la défense étayait la thèse d’une «perte momentanée de conscience» provoquée par un choc psychologique et non associée à une «maladie mentale». Le juge du procès a soumis la défense d’automatisme sans troubles mentaux à l’appréciation du jury, qui a acquitté l’accusé. La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé cette décision ((1977), 17 O.R. (2d) 1). Après avoir procédé à un examen exhaustif de la jurisprudence, le juge Martin a conclu, à la p. 22, que l’étudiant avait simplement connu [TRADUCTION] «le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l’humanité» et qu’il ne pouvait pas invoquer l’automatisme sans troubles mentaux. Selon le juge Martin, le prétendu «choc» n’aurait pas provoqué de perte momentanée de conscience chez une personne ordinaire. S’il a eu cet effet chez l’accusé, c’est que celui-ci devait souffrir d’une fragilité mentale qui, en droit, serait considérée comme une maladie mentale. Le juge Martin semblait avoir le sentiment qu’il était simplement impossible de croire qu’une rebuffade aussi légère puisse provoquer une perte momentanée de conscience en l’absence d’une maladie mentale. Il était manifestement troublé par le fait que le jury avait prononcé l’acquittement en se fondant sur une telle preuve. La Cour d’appel a annulé le verdict d’acquittement et ordonné la tenue d’un nouveau procès, dans le cadre duquel l’accusé ne pourrait invoquer que la défense d’aliénation mentale. Notre Cour à la majorité a adopté la décision et le raisonnement du juge Martin.

Un élément crucial de l’analyse du juge Martin était l’idée que la «perte momentanée de conscience» était imputable à l’une des trois causes suivantes: (1) une cause externe comme un coup à la tête, auquel cas l’accusé pourrait invoquer la défense d’automatisme sans troubles mentaux, (2) une cause interne susceptible d’avoir une incidence psychologique semblable sur une personne dotée d’une sensibilité et d’une constitution psychologique ordinaires, comme la personne qui assiste au meurtre de son propre enfant, laquelle cause pourrait être assimilée à une cause «externe» et permettre (cette question n’ayant toutefois pas été réglée) à l’accusé d’invoquer l’automatisme

than “the ordinary stresses and disappointments of life”. In the absence of any other credible explanation, the cause of the automatism in the third scenario would be deemed to be a “disease of the mind”. It was held in *Rabey* that the accused fell into this third scenario since Martin J.A. concluded that an ordinary person would not have become dissociated in such a situation. Therefore, under the three-part model, the only automatism defence open to *Rabey* was mental disorder automatism. A relevant consideration was the sense that “[e]xternal influences on the accused are perceived as less likely than internal ones to present a danger in the future” (I. Grant, D. Chunn and C. Boyle, *The Law of Homicide* (loose-leaf), at p. 6-118).

58 Martin J.A. was clearly unimpressed with the idea that a university student’s unrequited love could sustain the theory of a psychological blow causing dissociation leading to a violent assault. *Rabey*, he thought, was either suffering from a disease of the mind or his description of events was to be disbelieved.

(i) The Concept of Disease of the Mind

59 The *Rabey* analysis puts the concept of “disease of the mind” at the centre of the automatism analysis. By expanding the definition of “disease of the mind”, the courts have expanded the role of NCRMD, and contracted the area of human conduct that potentially leads to an outright acquittal on the basis of the Crown’s failure to prove the *actus reus* of the offence. Given this crucial control function, it is not surprising that the courts have insisted that the definition of “disease of the mind” must be a matter of law, and is not to be dictated by medical experts.

60 Medical input, of course, is nevertheless an essential component. As *La Forest J.* stated in

sans troubles mentaux, ou (3) une cause interne qui a été déclenchée tout au plus par «le stress et les contrariétés courantes de la vie». En l’absence de toute autre explication crédible, la cause de l’automatisme, dans le troisième scénario, serait réputée être une «maladie mentale». Il a été statué, dans *Rabey*, que c’était le troisième scénario qui s’appliquait dans le cas de l’accusé puisque le juge Martin a conclu qu’une personne ordinaire n’aurait pas sombré dans un état de dissociation dans de telles circonstances. Par conséquent, selon le modèle à trois volets, la seule défense d’automatisme que *Rabey* pouvait invoquer était celle de l’automatisme avec troubles mentaux. Un facteur pertinent était le sentiment que [TRADUCTION] «[I]es influences externes que subit l’accusé sont perçues comme moins susceptibles que les influences internes de présenter un risque à l’avenir» (I. Grant, D. Chunn et C. Boyle, *The Law of Homicide* (feuilles mobiles), à la p. 6-118).

Le juge Martin n’était manifestement pas impressionné par l’idée que l’amour non partagé d’un étudiant universitaire pouvait étayer la thèse du choc psychologique ayant provoqué un état de dissociation à l’origine d’une agression brutale. Selon lui, ou *Rabey* était atteint d’une maladie mentale ou il ne fallait pas ajouter foi à sa description des faits.

(i) La notion de maladie mentale

L’analyse faite dans l’arrêt *Rabey* situe la notion de «maladie mentale» au cœur de l’examen de l’automatisme. En élargissant la définition de «maladie mentale», les tribunaux ont élargi le rôle de la NRCTM et ont réduit le champ des comportements humains qui peuvent mener à l’acquiescement complet en raison de l’omission du ministère public d’établir l’*actus reus* de l’infraction. Compte tenu de ce rôle décisif, il n’est pas étonnant que les tribunaux aient insisté pour que la définition de «maladie mentale» soit une question de droit et ne soit pas dictée par des experts en médecine.

Il est évident que l’apport médical est néanmoins un élément essentiel. Comme le juge

*Parks*, *supra*, at p. 898, quoting Martin J.A. in *Rabey*, *supra*, at p. 12:

“Disease of the mind” is a legal term, not a medical term of art; although a legal concept, it contains a substantial medical component as well as a legal or policy component.

Martin J.A. described the “policy function” in *Rabey*, at p. 12, as relating to:

... (a) the scope of the exemption from criminal responsibility to be afforded by mental disorder or disturbance, and (b) the protection of the public by the control and treatment of persons who have caused serious harms while in a mentally disordered or disturbed state.

Having regard to the policy component, Martin J.A., at p. 14 went on to demonstrate that the legal concept of “disease” of the mind includes disorders which have no organic or physical cause, and includes “purely functional disorders which, so far as is known, have no physical cause”, and may be “permanent or temporary, curable or incurable... [or] recurring or non-recurring”. In this case the medical experts differed over whether the appellant had conscious control over his actions at the time of the killing, but they were unanimous that the appellant did not suffer from any condition that medicine would recognize as a “disease of the mind”.

(ii) This Court’s Subsequent Decision in *Parks*

This Court’s decision in *Rabey* must now be read in light of the subsequent attempt to apply its analytical framework to the case of a sleepwalker in *Parks*. La Forest J. in *Parks* appeared to accept many of the policy considerations that preoccupied the Court in *Rabey* while rejecting any mechanical application of the *Rabey* criteria for classifying cases into what we would now call mental disorder automatism or non-mental disorder automatism.

La Forest l’a affirmé dans *Parks*, précité, à la p. 898, en citant les propos tenus par le juge Martin dans *Rabey*, précité, à la p. 12:

[TRADUCTION] «Maladie mentale» est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical; bien que ce soit une notion juridique, elle renferme un élément médical important ainsi qu’un élément juridique ou d’ordre public.

Le juge Martin a expliqué dans *Rabey*, à la p. 12, que la fonction d’ordre public se rapportait:

[TRADUCTION] ... a) à la mesure dans laquelle le trouble mental permet d’échapper à la responsabilité criminelle, et b) à la protection du public par la surveillance et le traitement des personnes qui ont causé des préjudices graves pendant qu’elles étaient dans un état de trouble mental.

Quant à l’élément d’ordre public, le juge Martin a ensuite démontré, à la p. 14, que la notion juridique de «maladie» mentale englobe des troubles qui ne sont pas d’origine organique ou physique, ainsi que des [TRADUCTION] «troubles purement fonctionnels qui, pour autant qu’on le sache, n’ont pas de cause physique», et qui peuvent être «chroniques ou temporaires, curables ou incurables [...] récurrents ou non». En l’espèce, les experts en médecine ne s’entendaient pas sur la question de savoir si l’appelant avait la maîtrise consciente de ses actes au moment de l’homicide, mais ils ont convenu à l’unanimité que l’appelant ne souffrait d’aucune affection que la médecine qualifierait de «maladie mentale».

(ii) L’arrêt *Parks* rendu ultérieurement par notre Cour

L’arrêt *Rabey* de notre Cour doit maintenant être interprété à la lumière de la tentative ultérieure d’appliquer son cadre analytique au cas d’un somnambule dans *Parks*, précité. Dans ce dernier arrêt, le juge La Forest a paru accepter un bon nombre des considérations d’ordre public qui préoccupaient notre Cour dans *Rabey*, mais il a rejeté toute application automatique des critères de *Rabey* pour classer les affaires dans ce que nous appellerions maintenant la catégorie de l’automatisme avec troubles mentaux ou celle de l’automatisme sans troubles mentaux.

62 In *Parks*, the accused, in a state of somnambulism, killed his mother-in-law and severely assaulted his father-in-law. The jury accepted the expert evidence that the conduct of the accused, while asleep, was involuntary. The Crown appealed the acquittal to the Ontario Court of Appeal, which affirmed the verdict, and again to this Court, which unanimously dismissed the appeal.

63 The Crown took the position in *Parks*, based on its analysis of *Rabey*, that somnambulism is an “internal” cause of automatism, and the accused sleepwalker would therefore have to prove on a balance of probabilities that he was NCRMD. In the course of rejecting this submission, La Forest J. in *Parks* identified two policy-driven considerations, namely the “continuing danger” and “internal cause” theories, at p. 901:

The continuing danger theory holds that any condition likely to present a recurring danger to the public should be treated as insanity. The internal cause theory suggests that a condition stemming from the psychological or emotional make-up of the accused, rather than some external factor, should lead to a finding of insanity. The two theories share a common concern for recurrence, the latter holding that an internal weakness is more likely to lead to recurrent violence than automatism brought on by some intervening external cause.

64 Sleepwalking did not fit the *Rabey* analysis. While possibly associated with certain external stimuli, sleepwalking springs from the workings of the internal recesses of the brain, and would therefore have to be classified by proponents of the internal cause theory as a “disease of the brain”. However, few people would equate sleepwalking with insanity. Martin J.A. sought to qualify his analysis by identifying sleepwalking as a “separate category” (at p. 17), but in *Parks*, La Forest J. saw sleepwalking as undermining the utility of the internal cause theory itself, which he therefore downgraded to an “analytical tool” (at p. 902).

Dans *Parks*, l'accusé, en état de somnambulisme, a tué sa belle-mère et blessé grièvement son beau-père. Le jury a accepté le témoignage d'expert selon lequel les actes accomplis par l'accusé pendant qu'il dormait étaient involontaires. Le ministère public en a appelé de l'acquiescement devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a confirmé le verdict, puis devant notre Cour, qui a rejeté son pourvoi à l'unanimité.

Dans *Parks*, le ministère public s'est appuyé sur son analyse de *Rabey* pour prétendre que le somnambulisme est une cause «interne» d'automatisme et que l'accusé, qui était somnambule, devrait donc prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. En rejetant cet argument dans *Parks*, le juge La Forest a mentionné deux considérations d'ordre public, soit la théorie du «risque subsistant» et celle de la «cause interne» (à la p. 901):

La théorie du risque subsistant dit que tout état comportant vraisemblablement la récurrence d'un danger pour le public devrait être traité comme une aliénation mentale. La théorie de la cause interne dit qu'un état dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé, par opposition à un facteur externe, devrait entraîner une conclusion d'aliénation mentale. Les deux théories révèlent une même préoccupation à l'égard de la récurrence, la deuxième disant qu'une faiblesse interne est plus susceptible d'entraîner une violence récurrente que l'automatisme provoqué par une cause externe.

Le somnambulisme ne cadrerait pas avec l'analyse de *Rabey*. Bien qu'il puisse être associé à certains stimuli externes, le somnambulisme est le fruit du fonctionnement cérébral interne et devrait, par conséquent, être classé comme une «maladie mentale» par les tenants de la théorie de la cause interne. Peu de gens, toutefois, assimilent le somnambulisme à l'aliénation mentale. Le juge Martin a tenté de nuancer son analyse en affirmant qu'il constituait une [TRADUCTION] «catégorie distincte» (à la p. 17), mais, dans l'arrêt *Parks*, le juge La Forest a considéré que cet état minait l'utilité de la théorie même de la cause interne, qu'il a donc reléguée au rang d'«instrument d'analyse» (à la p. 902).

I believe the Court was correct in *Parks* to dissociate itself from a mechanical application of the *Rabey* analysis. In the first place, an overly rigid application of the “internal cause” theory produces anomalous distinctions. In *R. v. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347 (C.A.), the accused had assaulted his victim under the influence of an insulin injection, and Lawton L.J. utilized the notion of external cause (i.e., the injection) to negate the existence of a disease of the mind. On the other hand, in *R. v. Hennessy* (1989), 89 Cr. App. R. 10 (C.A.) it was held that the involuntary conduct of a diabetic who failed to take his insulin was internally caused (by his diabetes) and must thus be considered an expression of insanity. The differing treatment of diabetes, based on factors which have nothing to do with the underlying nature of the condition, demonstrates the potential artificiality of the analysis, and thus its limitations.

In the second place, the elastic notion of “mental disorder” can be expanded to the point where it ceases to have any utility for classification. The elasticity of use is not confined to the legal profession. E. Tollefson and B. Starkman note in their *Mental Disorder in Criminal Proceedings* (1993), at p. 53, the view of the Canadian Psychiatric Association that all causes of automatism are mental disorders, as they see the world. From a legal perspective, however, classification of a problem as a “mental disorder” has to be given some substantive content, or s. 16 and Part XX.1 of the *Code* (and its tests descended from the M’Naghten Rules (*M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718)) may be imposed inappropriately. As pointed out by Williams, *supra*, at p. 676:

The courts should eschew any effort to discourage the defence of dissociation by interpreting it as evidence of insanity, or by withholding psychiatric evidence from the jury. The defence, if supported by medical evidence, should be adjudicated upon by the triers of fact, and if successful should result in an ordinary acquittal. But what is urgently needed is that the psychiatrist who deposes to dissociation in improbable circumstances should be subjected to skilled and deeply sceptical

Je crois que, dans *Parks*, notre Cour a eu raison de se dissocier d’une application automatique de l’analyse de *Rabey*. En premier lieu, une application trop rigide de la théorie de la «cause interne» engendre des distinctions anormales. Dans *R. c. Quick*, [1973] 3 All E.R. 347 (C.A.), l’accusé avait agressé sa victime sous l’influence d’une injection d’insuline, et le lord juge Lawton a eu recours à la notion de cause externe (c’est-à-dire l’injection) pour nier l’existence d’une maladie mentale. Par ailleurs, dans *R. c. Hennessy* (1989), 89 Cr. App. R. 10 (C.A.), il a été jugé que la conduite involontaire d’un diabétique qui avait omis de s’administrer son insuline constituait une cause interne (en raison de son diabète) et devait donc être considérée comme une manifestation d’aliénation mentale. Ce traitement différent du diabète, selon des facteurs qui n’ont rien à voir avec la nature sous-jacente de l’affection, démontre la facticité potentielle de l’analyse et, ainsi, ses limites.

En deuxième lieu, la notion élastique de «maladie mentale» peut être étirée au point de perdre toute utilité à des fins de classification. L’utilisation élastique ne se limite pas à la profession juridique. E. Tollefson et B. Starkman soulignent, dans *Mental Disorder in Criminal Proceedings* (1993), à la p. 53, le point de vue de l’Association des psychiatres du Canada, selon lequel toutes les causes d’automatisme sont des troubles mentaux. Du point de vue juridique, toutefois, la classification d’un problème comme étant un «trouble mental» doit avoir un fondement, sinon l’art. 16 et la partie XX.1 du *Code* (et ses critères émanant des règles de M’Naghten (*M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718)) risquent d’être appliqués à tort. Comme l’a souligné Williams, *op. cit.*, à la p. 676:

[TRADUCTION] Les tribunaux devraient éviter de s’efforcer de décourager le recours à la défense de dissociation en l’interprétant comme une preuve d’aliénation mentale ou en refusant de soumettre une preuve psychiatrique à l’appréciation du jury. Ce sont les juges des faits qui devraient se prononcer sur ce moyen de défense, s’il est étayé d’une preuve médicale et, si le moyen est accepté, il devrait entraîner un acquittement ordinaire. Mais ce qui est le plus instamment nécessaire, c’est que les psychiatres qui témoignent à l’appui de la défense de dissociation dans des circonstances

cross-examination, and that the Crown should, where possible, call counter-evidence.

Williams' concern about proper evidence is met, I think, by Dickson J.'s description of the evidential burden in *Rabey*.

67 Thirdly, the jurisprudential root of the "internal cause" theory is suspect. *Rabey* traced the doctrine to *Quick*, but as was also pointed out by Williams, *supra*, at p. 675:

To say that the presence of an external cause of mental trouble saves a man from the imputation of madness, as was held in *Quick*, does not imply that the absence of an external cause necessarily means that he is mad.

68 Fourthly, *Rabey* contemplated that some psychological blows could be classified as internal causes and others as external causes. Thus Ritchie J. adopted in *Rabey*, at p. 520, the following observation of Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal at p. 22:

... the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause constituting an explanation for a malfunctioning of the mind which takes it out of the category of a "disease of the mind". To hold otherwise would deprive the concept of an external factor of any real meaning.

Nevertheless, a psychological blow sufficient to unhinge the ordinary person could potentially open up a plea of non-mental disorder automatism, *per* Martin J.A. at p. 22, cited by Ritchie J., at p. 520:

I leave aside until it becomes necessary to decide them, cases where a dissociative state has resulted from emotional shock without physical injury, resulting from such causes, for example, as being involved in a serious accident although no physical injury has resulted; being the victim of a murderous attack with an uplifted knife, notwithstanding that the victim has managed to escape physical injury; seeing a loved one murdered or seriously assaulted, and the like situations. Such extraordinary external events might reasonably be presumed to

improbables soient habilement contre-interrogés avec beaucoup de scepticisme et que le ministère public présente, si possible, une preuve contraire.

J'estime que la description de la charge de présentation faite par le juge Dickson, dans *Rabey*, règle la préoccupation exprimée par Williams au sujet de la preuve à soumettre.

En troisième lieu, le fondement jurisprudentiel de la théorie de la «cause interne» est douteux. D'après l'arrêt *Rabey*, cette théorie remonte à l'arrêt *Quick*, mais, comme l'a également souligné Williams, *op. cit.*, à la p. 675:

[TRADUCTION] Affirmer que l'existence d'une cause externe de troubles mentaux empêche d'imputer la démence à une personne, comme il a été conclu dans *Quick*, n'implique pas que l'absence de cause externe signifie nécessairement qu'elle était démente.

En quatrième lieu, l'arrêt *Rabey* prévoit que certains chocs psychologiques pouvaient être classés parmi les causes internes et d'autres parmi les causes externes. Ainsi, à la p. 520 de cet arrêt, le juge Ritchie adopte l'observation suivante exprimée par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, à la p. 22:

[TRADUCTION] ... le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l'humanité ne constituent pas une cause externe qui peut servir d'explication à un déséquilibre mental et le sortir de la catégorie «maladie mentale». Conclure en sens contraire équivaudrait à enlever toute signification à la notion du facteur externe.

Néanmoins, un choc psychologique suffisant pour faire perdre la raison à une personne ordinaire pourrait donner ouverture à une défense d'automatisme sans troubles mentaux (le juge Martin, à la p. 22, cité par le juge Ritchie, à la p. 520):

[TRADUCTION] Je laisse de côté, jusqu'à ce qu'ils se présentent, les cas où l'état de dissociation résulte d'un choc émotionnel sans blessures physiques: par exemple le fait d'avoir été impliqué dans un accident grave sans avoir subi de blessures physiques, d'avoir été victime d'un assaillant brandissant un couteau tout en ayant échappé à des blessures physiques, d'avoir vu un être cher assassiné ou gravement agressé, etc. On peut à juste titre présumer qu'une personne normale ordinaire puisse être affectée par ce genre d'événement externe

affect the average normal person without reference to the subjective make-up of the person exposed to such experience. [Emphasis added.]

The introduction of an “average normal person” test would potentially inject an objective fault standard into the Crown’s burden of proof of the *actus reus* and *mens rea*, and thereby create *Charter* problems: see *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, and *Cameron, supra*, at pp. 273-74, *per* Doherty J.A. More pertinent, for present purposes, is the point made in the dissent of Dickson J., in *Rabey*, at p. 548:

It is not clear to me why, as a matter of law, an emotional blow, which can be devastating, should be regarded as an external cause of automatism in some circumstances and an internal cause in others. . . .

In short, the conceptual problems associated with the “internal cause” theory amply justify downgrading its status to an “analytical tool” (*Parks*, p. 902). A judicially created construct such as the “internal cause theory” does not justify taking away from the jury any case of “lack of consciousness throughout the commission of the offence” just because the accused is unable to identify a specific “external cause”. Such an accused, who has met the evidential burden of showing that his or her conduct was unconscious and involuntary should not always be absorbed into what would in his or her case be an artificial debate developed in the context of conscious conduct about whether the accused lacked the capacity to appreciate “the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong”.

The other philosophical root of the *Parks* analysis is the “continuing danger” theory. The law on automatism is correctly concerned with public safety, and one problem is how to assess the likelihood of recurrence of the violent conduct. As mentioned by Devlin J. in *Hill v. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277, at pp. 285-86:

extraordinaire, sans qu’intervienne la constitution subjective de la personne exposée à pareille expérience. [Je souligne.]

L’adoption d’un critère de la «personne normale ordinaire» est susceptible d’insuffler une norme de faute objective dans l’obligation du ministère public d’établir l’*actus reus* et la *mens rea*, et, par conséquent, de créer des problèmes de *Charte*: voir *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, et *Cameron*, précité, aux pp. 273 et 274, le juge Doherty. La remarque que fait le juge Dickson, dissident, dans l’arrêt *Rabey*, à la p. 548, est encore plus pertinente aux fins du présent pourvoi:

Je ne vois pas clairement pourquoi, en droit, un choc émotionnel, qui peut être dévastateur, devrait être considéré dans certains cas comme une cause externe d’automatisme et dans d’autres cas comme une cause interne . . .

Bref, les problèmes conceptuels liés à la théorie de la «cause interne» justifient amplement de n’y voir qu’un «instrument d’analyse» (*Parks*, p. 902). Une création jurisprudentielle comme la théorie de la «cause interne» ne justifie pas de soustraire à l’appréciation du jury tous les cas d’«absence de conscience tout au long de la perpétration de l’infraction», pour la seule raison que l’accusé est incapable d’identifier une «cause externe» précise. Un tel accusé, qui s’est acquitté de la charge de présentation consistant à démontrer que son comportement était inconscient et involontaire, ne devrait pas toujours se retrouver au centre de ce qui, dans son cas, serait un débat artificiel, émanant du contexte d’un comportement conscient, sur la question de savoir s’il était incapable de juger «de la nature et de la qualité de l’acte ou de l’omission, ou de savoir que l’acte ou l’omission était mauvais».

L’autre fondement philosophique de l’analyse de *Parks* est la théorie du «risque subsistant». Le droit en matière d’automatisme se soucie à juste titre de la sécurité du public, et un problème est de savoir comment évaluer la probabilité de récurrence du comportement violent. Comme le juge Devlin l’a mentionné dans *Hill c. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277, aux pp. 285 et 286:

For the purposes of the criminal law there are two categories of mental irresponsibility, one where the disorder is due to disease and the other where it is not. The distinction is not an arbitrary one. If disease is not the cause, if there is some temporary loss of consciousness arising accidentally, it is reasonable to hope that it will not be repeated and that it is safe to let an acquitted man go entirely free. But if disease is present, the same thing may happen again, and therefore, since 1800 [Criminal Lunatics Act, 1800], the law has provided that persons acquitted on this ground should be subject to restraint. [Emphasis added.]

70 The danger of recurrence was also cited by Lord Denning in *Bratty, supra*, at p. 410:

Suppose a crime is committed by a man in a state of automatism or clouded consciousness due to a recurrent disease of the mind. Such an act is no doubt involuntary, but it does not give rise to an unqualified acquittal, for that would mean that he would be let at large to do it again. The only proper verdict is one which ensures that the person who suffers from the disease is kept secure in a hospital so as not to be a danger to himself or others. [Emphasis added.]

71 Dickson J., in *Rabey*, also sought to relate the public policy concern about insanity to the “continuing danger theory”. While neither the M’Naghten Rules nor s. 16 of the *Code* say anything explicitly about the danger of recurrence, the fact is that an isolated act of violent behaviour, however serious, presents different public policy issues than does conduct rooted in imbecility or other organic disease of the mind which has struck once and may prompt a further act of violence in future. The risk of recurrence is thus legitimately part of the “policy component” of the legal analysis of “disease of the mind”.

72 La Forest J. in *Parks* cited with approval, at pp. 906-7, the English Court of Appeal (Criminal Division) in *R. v. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769, at p. 774:

[TRADUCTION] On distingue aux fins du droit pénal deux catégories d’irresponsabilité mentale, celle où les troubles mentaux sont provoqués par la maladie et celle où ils ne le sont pas. La distinction n’est pas arbitraire. Si la cause n’est pas la maladie, s’il y a accidentellement une perte temporaire de conscience, il est raisonnable d’espérer qu’il n’y aura pas de rechute et qu’il sera sans danger de remettre en liberté absolue une personne qui a été acquittée. Mais s’il y a maladie, la même chose peut encore se reproduire et c’est pourquoi depuis 1800 [depuis la Criminal Lunatics Act, 1800], la loi prévoit la détention des personnes acquittées pour ce motif. [Je souligne.]

Le danger de récurrence a également été mentionné par lord Denning dans *Bratty*, précité, à la p. 410:

[TRADUCTION] Supposons qu’un homme commette un crime alors qu’il est dans un état d’automatisme ou que sa conscience est troublée à cause d’un nouvel accès de maladie mentale. Il ne fait aucun doute que cet acte est involontaire, mais il reste qu’il ne peut donner lieu à un acquittement inconditionnel car cela signifierait le laisser en liberté et lui permettre de recommencer. Le seul verdict valable est celui qui garantit la détention, dans un hôpital, de la personne qui souffre de la maladie afin qu’elle soit protégée dans son intérêt et dans celui des autres. [Je souligne.]

Dans *Rabey*, le juge Dickson a également cherché à lier à la «théorie du risque subsistant» la préoccupation d’ordre public relative à l’aliénation mentale. Même si les règles de M’Naghten et l’art. 16 du *Code* ne parlent pas expressément du danger de récurrence, il reste qu’un cas isolé de comportement violent, si grave soit-il, soulève des questions d’ordre public différentes de celles qu’un comportement résultant de la faiblesse d’esprit ou d’une autre maladie mentale organique qui s’est manifestée à une occasion et qui est susceptible de provoquer un autre acte de violence à l’avenir. Le risque de récurrence fait donc légitimement partie de l’«élément d’ordre public» de l’analyse juridique de la «maladie mentale».

Aux pages 906 et 907 de l’arrêt *Parks*, le juge La Forest cite, en les approuvant, les propos tenus par la Cour d’appel d’Angleterre (Division criminelle) dans *R. c. Burgess*, [1991] 2 All E.R. 769, à la p. 774:

It seems to us that if there is a danger of recurrence that may be an added reason for categorising the condition as a disease of the mind. On the other hand, the absence of the danger of recurrence is not a reason for saying that it cannot be a disease of the mind.

Thus La Forest J. concluded, at p. 905, that the “continuing danger” theory is simply “a factor at the policy stage of the inquiry”. In the present case, neither psychiatrist considered recurrence a significant possibility.

In the circumstances, I do not think that the majority decision in *Rabey* justified the courts in British Columbia in depriving the appellant of the benefit of the evidentiary ruling in his favour on the issue of involuntariness. Where, as here, the trial judge concludes that there was evidence reasonably capable of belief that the accused was in fact unconscious throughout the commission of the offence, it is not fatal if the accused fails to go on to establish a cause of that state of alleged unconsciousness which the courts can describe as “external”. As it is rare for an accused to meet even an evidential burden in this sort of case, it is not realistic to talk of a “floodgates” problem. The defence psychiatrist, trained to spot feigned symptoms, says that in his opinion the testimony of the appellant is credible, and finds the symptoms described by the appellant to be credibly related to the alleged unconsciousness. An inability to identify the mechanism of the brain that allegedly rendered him unconscious, except in the very general terms offered by Dr. Janke, may of course undermine the credibility of his story that he lost consciousness in the first place. However, the task of the appellant was to demonstrate the fact of unconsciousness (in the sense of lack of awareness and control). It was not incumbent upon him to satisfy the court as to the cause of his condition or lose the benefit of the evidentiary ruling. In effect, *Rabey* takes the involuntariness defence which the accused seeks to raise and substitutes for it an insanity defence which neither the accused nor the medical experts can plausibly support. At this point, it is worth

[TRANSDUCTION] Il nous semble que l'existence du danger de récurrence fournit un motif supplémentaire de qualifier l'état en cause de maladie mentale. Par ailleurs, l'absence de danger de récurrence ne permet pas d'affirmer qu'il ne peut s'agir d'une maladie mentale.

Le juge La Forest a donc conclu, à la p. 905, que la théorie du «risque subsistant» ne constitue qu'un «facteur intervenant à l'étape de l'étude des questions d'ordre public». En l'espèce, ni l'un ni l'autre psychiatre n'a considéré que la récurrence représentait un risque important.

Dans ces circonstances, je ne crois pas que l'arrêt majoritaire rendu dans *Rabey* justifiait les tribunaux de la Colombie-Britannique d'empêcher l'appelant de bénéficier de la décision en matière de preuve rendue en sa faveur sur la question du caractère involontaire. Lorsque le juge du procès conclut, comme c'est le cas en l'espèce, qu'il existait une preuve raisonnablement digne de foi que l'accusé était en fait inconscient tout au long de la perpétration de l'infraction, il n'y aura aucune conséquence fatidique si ce dernier omet ensuite d'établir l'existence d'une cause de la perte alléguée de conscience, susceptible d'être qualifiée d'«externe» par les tribunaux. Vu qu'il est rare qu'un accusé s'acquitte même d'une charge de présentation dans ce type d'affaire, il n'est pas réaliste de parler d'un problème de «raz de marée». Le psychiatre de la défense, qui a la formation voulue pour déceler des symptômes simulés, affirme qu'à son avis le témoignage de l'appelant est crédible, et juge plausible que les symptômes décrits par l'appelant soient liés à la perte alléguée de conscience. Il est évident que l'incapacité de décrire, autrement que de la façon très générale dont s'y est pris le Dr Janke, le mécanisme cérébral qui aurait fait perdre conscience à l'appelant est susceptible de miner la crédibilité de son récit qu'il a perdu conscience au départ. Toutefois, il incombait à l'appelant de démontrer le fait de la perte de conscience (au sens d'absence de lucidité et de maîtrise). Il n'était pas tenu de convaincre le tribunal relativement à la cause de son état sous peine de perdre le bénéfice de la décision en matière de preuve. En fait, l'arrêt *Rabey* remplace la défense du caractère involontaire que l'accusé cherche à invoquer par une défense d'aliénation mentale que

reminding ourselves what Cory J. said in *Daviault*, at p. 91:

In my view, the mental element of voluntariness is a fundamental aspect of the crime which cannot be taken away by a judicially developed policy.

74

It follows, I think, that once the trial judge exercised his gatekeeper function to screen frivolous or feigned claims, it was for the jury to make up its mind on the credibility of the plea of automatism. This jurisdiction should not be removed by “judicially developed policy”. It is to be expected that the jury will subject the evidence of involuntariness to appropriate scrutiny. There was discussion in *Rabey* about the need to maintain the credibility of the justice system. In my view, the jury is as well placed as anyone in the justice system to uphold its credibility. The bottom line is, after all, that the task of weighing the credibility of such defences was confined by Parliament to the jury. The Court should respect the allocation of that responsibility.

(c) *Ground 3: The Contention that the Mental Disorder Provisions of the Criminal Code Were Appropriate to Resolve the Automatism Issue on the Facts of This Case*

75

The third major submission on behalf of the Crown was that quite apart from this Court’s decision in *Rabey* the present case was correctly subjected to the NCRMD provisions of s. 16 of the *Code*. The Crown says that here the operating cause of the dissociation was a “disease of the mind”, giving that concept its full legal scope, and in such situations questions of involuntariness are properly subsumed into the NCRMD analysis. This is despite the fact that in this case all the experts were agreed that the appellant did not suffer from any “disease of the mind” known to medicine. I accept, as stated, that “disease of the mind” is a legal concept, but nevertheless a significant disconnection between law and medicine on this point will often impose a measure

ni l’accusé ni les experts en médecine ne sont en mesure d’étayer plausiblement. À ce stade, il vaut la peine de se rappeler les propos tenus par le juge Cory, à la p. 91 de l’arrêt *Daviault*:

À mon avis, l’élément moral du caractère volontaire est un aspect fondamental du crime qui ne peut être retiré par une politique élaborée par les tribunaux.

Il s’ensuit, d’après moi, qu’une fois que le juge eut exercé sa fonction de gardien pour déceler les allégations futiles ou simulées, il appartenait au jury de se faire une opinion sur la crédibilité de la défense d’automatisme. Cette compétence ne devrait pas être retirée par une «politique élaborée par les tribunaux». Il faut s’attendre à ce que le jury examine de façon appropriée la preuve du caractère involontaire. Dans *Rabey*, il a été question de la nécessité de maintenir la crédibilité du système judiciaire. J’estime que le jury est aussi bien placé que quiconque dans ce système pour en maintenir la crédibilité. Après tout, il reste que c’est au jury que le législateur a confié la tâche d’évaluer la crédibilité de tels moyens de défense. Notre Cour devrait respecter cette attribution de responsabilité.

c) *Troisième motif: l’argument que les dispositions du Code criminel relatives aux troubles mentaux permettaient de régler la question de l’automatisme selon les faits de la présente affaire*

Le troisième argument principal avancé pour le compte du ministère public était que, tout à fait indépendamment de l’arrêt *Rabey* de notre Cour, la présente affaire a été assujettie à bon droit à l’application des dispositions de l’art. 16 du *Code* relatives à la NRCTM. Le ministère public affirme qu’en l’espèce la cause déterminante de la dissociation était une «maladie mentale», au plein sens juridique de l’expression, et qu’en pareil cas les questions du caractère involontaire sont subsumées à bon droit sous l’analyse de la NRCTM, et ce, malgré le fait qu’en l’espèce les experts ont tous convenu que l’appelant ne souffrait d’aucune «maladie mentale» médicalement connue. Comme je l’ai déjà dit, je conviens que la «maladie mentale» est une notion juridique; néanmoins, une

of artificiality to create the medical equivalent of trying to pound square pegs into round holes.

The issue here is not whether the law, as a matter of policy, can expand its concept of “disease of the mind” to include conduct that has traditionally been considered non-insane automatism. It can do so. The question here is quite different. We are asked to say that even if the plea of NCRMD fails, the Court will still, by an act of judicial policy, relieve the Crown of the burden of proving the most contentious element of the *actus reus* by taking the issue of voluntariness away from the jury.

It is true that if statements relating voluntariness to the *actus reus* are applied mechanically, even a violent accused suffering from a disease of the mind in which “the mind does not go with what is being done” (*Rabey* (S.C.C.), *supra*, at p. 518, quoting *R. v. K.*, *supra*, at p. 84) could demand an absolute acquittal. This was the position at common law, *per* Devlin J. in *R. v. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249, at p. 251:

In the eyes of the common law if a man is not responsible for his actions he is entitled to be acquitted by the ordinary form of acquittal, and it matters not whether his lack of responsibility was due to insanity or to any other cause.

In response to the public danger posed by such an outcome, and to a developing understanding of mental disorder, the courts started down the path that eventually subsumed the notion of involuntary conduct into the concept of insanity where the involuntary conduct could be identified as the product of a disease of the mind. A successful plea of insanity led to the verdict of “not guilty by reason of insanity”, which carried with it the possibility of indefinite detention at the pleasure of the state.

dissociation importante du droit et de la médecine sur ce point impose souvent une certaine facticité pour créer ce qui revient, en médecine, à tenter d'établir la quadrature du cercle.

En l'espèce, il ne s'agit pas de savoir si, pour des raisons d'ordre public, le droit peut élargir sa notion de «maladie mentale» de manière à inclure un comportement traditionnellement considéré comme de l'automatisme sans aliénation mentale. Il peut le faire. C'est une tout autre question qui se pose en l'espèce. On nous demande de dire que, même si la défense de NRCTM échoue, la Cour recourra à une politique de son cru pour dégager le ministère public de la charge de prouver l'élément le plus litigieux de l'*actus reus* en soustrayant à l'appréciation du jury la question du caractère volontaire.

Il est vrai que si l'on appliquait sans réfléchir les affirmations qui relient le caractère volontaire à l'*actus reus*, même un accusé violent atteint d'une maladie mentale [TRADUCTION] «où l'esprit ne sait pas ce qui se produit» (*Rabey* (C.S.C.), précité, à la p. 518, où l'on cite *R. c. K.*, précité, à la p. 84) pourrait exiger l'acquittement absolu ou pur et simple. Tel était le point de vue de la common law, selon le juge Devlin, dans *R. c. Kemp*, [1956] 3 All E.R. 249, à la p. 251:

[TRADUCTION] En common law, si un homme n'est pas responsable de ses actes, il a le droit d'être acquitté selon le mode normal d'acquittement; il importe peu que son absence de responsabilité découle de l'aliénation mentale ou d'une autre cause.

En raison du danger qu'une telle issue présentait pour le public et de l'évolution de la compréhension de la maladie mentale, les tribunaux se sont engagés dans une voie qui les a finalement amenés à subsumer la notion de comportement involontaire sous celle d'aliénation mentale où le comportement involontaire pouvait être décrit comme résultant d'une maladie mentale. Si elle était acceptée, la défense d'aliénation mentale menait à un verdict de «non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale» qui pouvait entraîner la détention pour une durée indéterminée selon le bon plaisir de l'État.

76

77

78

The problem is that while s. 16 of the *Code* may provide an appropriate structure to resolve cases of medically defined “diseases of the mind”, it may not be responsive to the real issues in cases where the “disease of the mind” derives from legal classification, rather than medical classification. The view of the Canadian Psychiatric Association that all causes of automatism are mental disorders was not accompanied by any ringing endorsement that in all such cases s. 16 of the *Code* provides an appropriate analytical framework. The focus of the NCRMD provisions of the *Code* is clearly different from the focus of automatism. The latter addresses whether the conduct was voluntary. The former looks at one possible cause of automatism, and asks questions about the impact of the disease of the mind on legally relevant aspects of mental capacity.

79

The existence of a “disease of the mind” is a threshold issue in s. 16. The real question, to paraphrase Lord Diplock in *R. v. Sullivan*, [1984] A.C. 156 (H.L.), at p. 172, is whether “the effect of a disease is to impair these [mental] faculties so severely as to have either of the consequences referred to” in s. 16(1), namely whether the disease rendered the accused “incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong”.

80

It is clear, in other words, that “the consequences referred to” in s. 16 are directed to issues other than voluntariness. There is much to be said for the observation of Professor D. Stuart in *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at p. 108:

A “disease of the mind” is only one requirement of the legal defence of insanity. If that defence fails *for any reason*, surely justice dictates that the jury may consider sane automatism. *MacLeod* [*R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193 (B.C.C.A.)] decides that psychiatric labelling might well prevent the defence of sane

Le problème est que, même si l’art. 16 du *Code* peut établir un régime approprié pour résoudre les cas où il est question de «maladies mentales» au sens médical, il ne répond peut-être pas aux véritables questions qui se posent dans les cas où la désignation de «maladie mentale» est juridique plutôt que médicale. Le point de vue de l’Association des psychiatres du Canada, selon lequel l’automatisme résulte toujours d’une maladie mentale, n’était pas assorti d’une acceptation claire et nette que l’art. 16 du *Code* fournit un cadre analytique approprié dans tous ces cas. Le point de mire des dispositions du *Code* relatives à la NRCTM diffère nettement de celui de l’automatisme. Dans ce dernier cas, on se demande si le comportement était volontaire, alors que, dans le premier cas, on examine une cause possible d’automatisme et on s’interroge sur l’incidence de la maladie mentale sur des aspects juridiquement pertinents de la capacité mentale.

L’existence d’une «maladie mentale» est une question préliminaire à l’art. 16. Pour paraphraser lord Diplock dans *R. c. Sullivan*, [1984] A.C. 156 (H.L.), à la p. 172, la véritable question est de savoir si [TRADUCTION] «une maladie a pour effet de diminuer ces facultés [mentales] au point d’entraîner l’une ou l’autre des conséquences mentionnées» au par. 16(1), à savoir notamment si la maladie a rendu l’accusé «incapable de juger de la nature et de la qualité de l’acte ou de l’omission, ou de savoir que l’acte ou l’omission était mauvais».

En d’autres termes, il est clair que «les conséquences mentionnées» à l’art. 16 visent des questions autres que le caractère volontaire. Il y a beaucoup à dire à l’appui de l’observation du professeur D. Stuart dans *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3<sup>e</sup> éd. 1995), à la p. 108:

[TRADUCTION] Une «maladie mentale» n’est que l’une des exigences du moyen de défense fondé sur l’aliénation mentale. Si ce moyen échoue, *pour une raison quelconque*, la justice exige sûrement que le jury puisse examiner l’automatisme sans aliénation mentale. L’arrêt *MacLeod* [*R. c. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193 (C.A.C.-B.)] établit que les étiquettes psychiatriques pourraient bien empêcher d’invoquer la défense d’automatisme sans aliénation mentale même si elle n’est pas

automatism from being put although it is *not* the sole barometer of legal insanity. [Emphasis in original.]

Two further points emerge from a consideration of s. 16 of the *Code*. Firstly, Parliament has not alluded to whether the conduct is voluntary or involuntary. It is sufficient that the acts occurred or omissions were made at a time when the accused suffered from “a mental disorder” (defined in s. 2 as a “disease of the mind”). Secondly, Parliament addressed the capacity of the accused, not proof of the existence or absence of a particular *mens rea* on the particular facts. The finding of a mental disorder therefore displaces the ordinary rules governing criminal responsibility, including voluntariness, and places an accused in the grip of the statutory scheme created to deal with the individuals whom the law used to describe as “criminally insane”.

The difficulty of subsuming the issue of voluntariness into the different issue of mental disorder in cases such as the present was noted 40 years ago by Gresson P. of the New Zealand Court of Appeal in *Cottle, supra*, at p. 1009. In a decision much commented upon by members of the House of Lords in *Bratty, supra*, Gresson P., at p. 1009, expressed his concern about the M’Naghten Rules being applied to an accused who simply lacked volition:

We must accept the position as it is, but we cannot escape the difficulty that the M’Naghten Rules were never intended to apply to a case where the act was done without volition or consciousness of doing it. The M’Naghten formula takes account only of the cognitive faculties and presupposes that the doer was conscious of his actions. Nevertheless, it has become the practice to regard a person as “incapable of understanding the nature and quality” of his act when in truth he was not conscious of having acted at all; and to treat the formula as applicable to cases of automatism. . . . It is unfortunate that there should have been this too liberal application of the M’Naghten Rules. [Emphasis added.]

le seul baromètre de l’aliénation au sens juridique. [En italique dans l’original.]

L’examen de l’art. 16 du *Code* soulève deux autres points. Premièrement, le législateur n’a pas fait allusion à la question de savoir si le comportement est volontaire ou non. Il suffit que l’acte ou l’omission soient survenus alors que l’accusé souffrait de «troubles mentaux» (expression définie comme «[t]oute maladie mentale» à l’art. 2). Deuxièmement, le législateur a abordé la question de la capacité de l’accusé, et non celle de la preuve de l’existence ou de l’absence d’une *mens rea* particulière selon les faits en cause. La constatation de troubles mentaux supplante donc les règles ordinaires de la responsabilité criminelle, y compris le caractère volontaire, et soumet l’accusé à un régime légal établi à l’intention des personnes que le droit décrivait auparavant comme des «criminels atteints d’aliénation mentale».

La difficulté qu’il y a à subsumer la question du caractère volontaire sous la question différente des troubles mentaux dans des cas comme la présente affaire a été soulignée, il y a 40 ans, par le président Gresson de la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande dans l’arrêt *Cottle*, précité, à la p. 1009. Dans une décision amplement commentée par des membres de la Chambre des lords dans *Bratty*, précité, le président Gresson a dit craindre, à la p. 1009, l’application des règles de M’Naghten à un accusé qui était simplement dépourvu de volonté:

[TRADUCTION] Nous devons accepter tel quel ce point de vue, mais nous ne pouvons échapper au problème que les règles de M’Naghten n’ont jamais été destinées à s’appliquer à un cas où l’acte en cause a été accompli involontairement ou inconsciemment. La formule M’Naghten ne tient compte que des facultés cognitives et présuppose que l’auteur de l’acte était conscient de ce qu’il faisait. On a néanmoins pris l’habitude de considérer qu’une personne était «incapable de comprendre la nature et la qualité» de son acte alors qu’à vrai dire elle n’était même pas consciente d’avoir agi, et de juger que la formule était applicable aux cas d’automatisme [. . .] Il est malheureux que les règles de M’Naghten aient été appliquées de cette façon trop libérale. [Je souligne.]

81

82

83

The s. 16 question has an air of artificiality in the case of someone who claims to have been unconscious at the material time. If true, he or she not only failed to appreciate “the nature and quality of the act” but also failed to appreciate that the act was taking place at all. If false, the accused is simply untruthful. Nevertheless, the presence of a “disease of the mind” does trigger the application of s. 16, and an accused whose automatism is a product of a disease of the mind should be found NCRMD instead of being acquitted. The concept of “disease of the mind” is, and should continue to be, controlled by legal considerations rather than purely medical considerations.

84

At the same time, where as here medical experts for the prosecution and the defence agree that there is no “disease of the mind” known to medicine, and the only justification offered in support of attributing the conduct to mental disorder is the inability of an accused to identify an “external” cause, there is, in my view, an insufficient basis for (i) shifting the persuasive burden of proof from the Crown to the defence under s. 16, and (ii) taking the issue of non-mental disorder automatism away from the jury.

85

The appellant’s point is that the jury’s rejection of the plea of mental disorder automatism may have been because they disbelieved his version of events, or it may be because they thought his acts, though involuntary, were not the product of any disease of the mind. Failure to put the issue of non-mental disorder automatism thus deprived him of a potential acquittal on an issue for which the trial judge ruled he had laid a proper evidentiary foundation. It is on that basis that the appellant says the judge-made rule violates the presumption of his innocence under s. 11(d) of the *Charter* and took away an important element of his right under s. 11(f) of the *Charter* to have his fate determined by the jury. The conclusion that the issue of non-mental disorder automatism ought to have been left with the jury in this case is, I think, consistent with the observations of the majority of the

La question de l’art. 16 semble factice dans le cas d’une personne qui allègue avoir été inconsciente au moment pertinent. Si son allégation est véridique, elle a non seulement omis de juger «de la nature et de la qualité de l’acte», mais encore elle ne s’est même pas rendu compte qu’il était accompli. Si elle est fausse, cette personne ne dit simplement pas la vérité. Néanmoins, l’existence d’une «maladie mentale» déclenche l’application de l’art. 16, et l’accusé dont l’automatisme résulte d’une telle maladie devrait être déclaré non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux au lieu d’être acquitté. La notion de «maladie mentale» est et devrait continuer d’être régie par des considérations juridiques plutôt que par des considérations purement médicales.

En même temps, lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, les experts en médecine de la poursuite et ceux de la défense s’entendent sur l’absence de «maladie mentale» médicalement connue, et que la seule justification offerte pour imputer le comportement en cause à des troubles mentaux est l’incapacité de l’accusé d’identifier une cause «externe», j’estime que ce n’est pas suffisant (i) pour transférer à la défense la charge de persuasion du ministre public, en vertu de l’art. 16, ni (ii) pour soustraire à l’appréciation du jury la question de l’automatisme sans troubles mentaux.

L’appelant fait remarquer qu’il se peut que le jury ait rejeté la défense d’automatisme avec troubles mentaux parce qu’il n’a pas ajouté foi à sa version des faits, ou parce qu’il a cru que ses actes, bien qu’involontaires, n’étaient pas le fruit d’une maladie mentale. Par conséquent, l’omission de soumettre la défense d’automatisme sans troubles mentaux l’a privé de la possibilité d’être acquitté sur une question dont il avait établi les fondements, selon le juge du procès. C’est pour ce motif que l’appelant soutient que la règle jurisprudentielle porte atteinte à la présomption d’innocence que lui garantit l’al. 11d) de la *Charte* et l’a privé d’un élément important du droit que lui reconnaît l’al. 11f) de la *Charte* à ce que le jury décide de son sort. J’estime que la conclusion que la question de l’automatisme sans troubles mentaux aurait dû être soumise à l’appréciation du jury en l’espèce

members of the Australian High Court in *Falconer, supra*, and in particular the views of Deane and Dawson JJ. (p. 266), Toohey J. (pp. 273 and 281), and Gaudron J. (p. 285) to the effect that evidence which credibly puts in issue the voluntariness of the acts of the accused (i.e., whether the act or omission occurred independently of the exercise of his will) must be put to the jury.

It is open to the Crown or defence to establish on a balance of probabilities a mental disorder. The Crown, of course, must follow the rule in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, which prevents the admission of evidence relating to mental disorder by the Crown until the defence puts in issue the mental capacity of the accused for criminal intent, as explained by Lamer C.J., at p. 976:

Thus, although it is a principle of fundamental justice that an accused has the right to control his or her own defence, this is not an "absolute" right. If an accused chooses to conduct his or her defence in such a way that that accused's mental capacity for criminal intent is somehow put into question, then the Crown will be entitled to "complete the picture" by raising its own evidence of insanity and the trial judge will be entitled to charge the jury on s. 16. [Emphasis added.]

The same point was made by La Forest J. in *Parks, supra*, at p. 898, in relation to automatism:

If the accused pleads automatism, the Crown is then entitled to raise the issue of insanity, but the prosecution then bears the burden of proving that the condition in question stems from a disease of the mind; see *Rabey, supra*, at pp. 544-45.

If the jury were satisfied that the s. 16 requirements were met, that would end the matter: the appellant would have been found not criminally responsible on account of mental disorder (NCRMD). He or she would not be permitted to ignore NCRMD status and seek a full acquittal on the basis of involuntariness. However, in my view,

est compatible avec les observations de la Haute Cour d'Australie à la majorité dans *Falconer*, précité, et, en particulier, avec l'opinion des juges Deane et Dawson (p. 266), du juge Toohey (pp. 273 et 281) et du juge Gaudron (p. 285), selon laquelle la preuve qui met en doute de façon plausible le caractère volontaire des actes de l'accusé (c.-à-d., qui soulève la question de savoir si l'acte ou l'omission sont survenus indépendamment de sa volonté) doit être soumise à l'appréciation du jury.

Il est loisible au ministère public ou à la défense d'établir l'existence de troubles mentaux selon la prépondérance des probabilités. Il va sans dire que le ministère public doit suivre la règle établie dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, selon laquelle la preuve dont il dispose relativement à des troubles mentaux ne pourra être admise que si la défense met en doute la capacité mentale de l'accusé de former une intention criminelle, comme l'explique le juge en chef Lamer, à la p. 976:

Ainsi, bien que le droit d'un accusé de contrôler sa défense soit un principe de justice fondamentale, ce droit n'est pas «absolu». Si un accusé choisit de mener sa défense de telle manière que sa capacité mentale de former une intention criminelle est d'une manière ou d'une autre mise en doute, le ministère public aura alors le droit de «compléter le tableau» en présentant sa propre preuve d'aliénation mentale et le juge du procès sera fondé à donner au jury des directives relativement à l'art. 16. [Je souligne.]

Le juge La Forest fait la même remarque relativement à l'automatisme, dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 898:

Si l'accusé plaide l'automatisme, le ministère public peut soulever la question de l'aliénation mentale, mais c'est alors à ce dernier de prouver que l'état en question découle d'une maladie mentale; voir *Rabey*, précité, aux pp. 544 et 545.

Si le jury était convaincu que les exigences de l'art. 16 ont été respectées, la question serait réglée: l'appelant serait jugé non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Il ne pourrait pas faire abstraction de sa NRCTM et demander l'acquiescement complet pour cause d'absence de caractère volontaire. J'estime, cependant,

if the jury rejects NCRMD status, it should still be left with the elementary instruction that the accused is entitled to an acquittal if the Crown fails to establish beyond a reasonable doubt all of the elements of the offence, including voluntariness.

#### (4) Competence of the Jury

87

For these reasons, it is my view that, the trial judge having ruled that the appellant had successfully discharged the evidential onus, the appellant was entitled to have the issue of voluntariness put to the jury. In reaching that conclusion I have not forgotten the sceptical observation of Williams noted earlier, at pp. 673-74:

How strange, the layman may say, and how very convenient for the defendant, that this alleged state of dissociation descended on him at the very moment when he had reason for evading the police, or when he was face to face with a person whom he had a strong motive for attacking. [Emphasis added.]

It is significant that the author pointedly refers to "the layman" and suggests that the layman's common sense would make quick work of the legal complexities conjured up by the jurisprudence on the topic of automatism. Nor have I forgotten Dickson J.'s concern about the potential for fake pleas of automatism which he expressed in *Rabey* at p. 546:

There are undoubtedly policy considerations to be considered. Automatism as a defence is easily feigned. It is said the credibility of our criminal justice system will be severely strained if a person who has committed a violent act is allowed an absolute acquittal on a plea of automatism arising from a psychological blow. The argument is made that the success of the defence depends upon the semantic ability of psychiatrists, tracing a narrow path between the twin shoals of criminal responsibility and an insanity verdict. Added to these concerns is the *in terrorem* argument that the floodgates will be raised if psychological blow automatism is recognized in law.

In part, Dickson J.'s answer to these concerns was to specify the content of the evidential burden

que si le jury rejetait la NRCTM, il devrait tout de même disposer de la directive élémentaire selon laquelle l'accusé a droit à l'acquiescement si le ministère public n'établit pas hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction, y compris le caractère volontaire.

#### (4) La compétence du jury

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'étant donné que le juge du procès a conclu que l'appelant avait réussi à s'acquiescer de la charge de présentation, ce dernier avait droit à ce que la question du caractère volontaire soit soumise à l'appréciation du jury. En tirant cette conclusion, je n'ai pas oublié l'observation sceptique susmentionnée que Williams fait, aux pp. 673 et 674:

[TRADUCTION] Comme il est étrange, peut dire le profane, et comme cela tombe bien pour le défendeur qu'il ait été plongé dans ce prétendu état de dissociation au moment même où il avait tout lieu de fuir la police ou lorsqu'il s'est trouvé face à face avec une personne qu'il avait de fortes raisons d'attaquer. [Je souligne.]

Il est révélateur que l'auteur mentionne explicitement «le profane» et qu'il laisse entendre que le bon sens du profane résoudrait rapidement les complexités juridiques évoquées par la jurisprudence au sujet de l'automatisme. Je n'ai pas oublié non plus la préoccupation que le juge Dickson a exprimée dans *Rabey*, à la p. 546, au sujet de la possibilité des défenses d'automatisme simulé:

Il faut sans doute tenir compte de considérations d'ordre public. L'automatisme en tant que moyen de défense est facilement simulé. On affirme que la crédibilité de notre système de justice pénale risque d'être sérieusement mise à l'épreuve si une personne qui a commis un acte violent bénéficie d'un verdict d'acquiescement absolu sur un plaidoyer d'automatisme provoqué par un choc psychologique. On fait valoir que le succès de ce moyen de défense dépend de l'habileté d'expression des psychiatres appelés à tracer l'étroit sentier entre les deux écueils de la responsabilité criminelle et du verdict d'aliénation mentale. À tout cela on ajoute l'argument menaçant du raz de marée si la défense d'automatisme provoqué par un choc psychologique est reconnue en droit.

Une partie de la solution envisagée par le juge Dickson pour dissiper cette préoccupation consis-

resting on an accused, requiring (at p. 552) that the evidence of the accused

... should be supported by expert medical opinion that the accused did not feign memory loss and that there is no underlying pathological condition which points to a disease requiring detention and treatment.

Under the Dickson approach, the medical expert has to vouch for the credibility of the accused's evidence of unconsciousness, and thus involuntariness.

More profoundly, however, I think Dickson J.'s response to these concerns was an endorsement of the role of the jury contemplated by Parliament as he expressed, for example, in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 693:

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. Juries are capable of egregious mistakes and they may at times seem to be ill-adapted to the exigencies of an increasingly complicated and refined criminal law. But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them.

to which he added, at pp. 693-94:

We should maintain our strong faith in juries which have, in the words of Sir William Holdsworth, "for some hundreds of years been constantly bringing the rules of law to the touchstone of contemporary common sense" (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 349).

The common sense of members of the jury is a fundamental and vital part of our criminal justice system. As Cory J. stated in *Osolin*, *supra*, at p. 683: "The jury system has in general functioned exceptionally well. Its importance has been recognized in s. 11(f) of the *Charter*." More specifically, in the context of intoxication and *mens rea*, Dickson C.J. observed in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 848, quoting *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, at p. 334:

tait à préciser en quoi consiste la charge de présentation qui incombe à l'accusé, en exigeant (à la p. 552) que la preuve de l'accusé soit

... étayée par le témoignage d'un médecin portant que l'accusé n'a pas simulé une perte de mémoire et qu'il n'existe pas d'état pathologique sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements.

Selon la méthode du juge Dickson, l'expert en médecine doit répondre de la crédibilité de la preuve de la perte de conscience et ainsi du caractère involontaire, présentée par l'accusé.

Toutefois, je crois que, si on l'examine plus attentivement, la solution du juge Dickson consistait à sanctionner le rôle du jury envisagé par le législateur, compte tenu notamment du fait qu'il a affirmé dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 693:

Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d'un droit criminel de plus en plus compliqué et subtile. Mais tant que le législateur n'aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s'abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d'accomplir la tâche qui leur est assignée.

Ajoutant, aux pp. 693 et 694:

Nous devrions conserver notre foi dans les jurys qui, comme l'a affirmé sir William Holdsworth, [TRADUCTION] «depuis des centaines d'années n'ont cessé d'appliquer les règles de droit en fonction du bon sens contemporain (Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, à la p. 349).

Le bon sens des membres du jury est une partie fondamentale et cruciale de notre système de justice criminelle. Comme le juge Cory l'a dit dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 683: «En général, le système de jury fonctionne exceptionnellement bien. Son importance est confirmée par l'al. 11f) de la *Charte*.» Plus précisément, dans le contexte de l'intoxication et de la *mens rea*, le juge en chef Dickson fait remarquer, dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 848, en citant *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, à la p. 334:

88

89

“I have the greatest of confidence in the level of intelligence and plain common sense of the average Canadian jury sitting on a criminal case. Juries are perfectly capable of sizing the matter up.”

The jury in this case, for example, had before it the testimony of the Crown psychiatrist that the appellant’s violent response to his wife’s verbal attack was entirely too purposeful and the loss of memory entirely too convenient to be considered “involuntary”. The members of the jury could, I think, have been counted on to exhibit powerful scepticism about such evidence. Anyone who thinks a jury of bus drivers, office workers and other practical people will be less sceptical than members of the bench or professors of law has perhaps spent insufficient time in buses or around office coffee machines.

#### (5) Conclusion on the Automatism Issue

90 In the result, I believe the appellant was entitled to have the plea of non-mental disorder automatism left to the jury in this case in light of the trial judge’s evidentiary ruling that there was evidence the appellant was unconscious throughout the commission of the offence, for the following reasons.

91 Firstly, I do not accept the Crown’s argument that a judge-made classification of situations into mental disorder automatism and non-mental disorder automatism can relieve the Crown of the obligation to prove all of the elements of the offence, including voluntariness. As stated, such an interpretation encounters strong objections under s. 7 and s. 11(d) of the *Charter*, and there has been no attempt in this case to provide a s. 1 justification.

92 Secondly, imposition of a persuasive burden of proof on the appellant to establish “involuntariness” on a balance of probabilities, in substitution for the present evidential burden, runs into the same *Charter* problems, and no attempt has been made in the record to justify it.

«J’ai la plus grande confiance dans le niveau d’intelligence et de simple bon sens du jury canadien moyen qui siège dans une affaire criminelle. Les jurys sont parfaitement capables d’évaluer la question.»

Par exemple, le jury était saisi en l’espèce du témoignage du psychiatre du ministère public, selon lequel la réaction violente de l’appelant à l’attaque verbale de son épouse était vraiment trop réfléchie et sa perte de mémoire, trop commode, pour être jugées «involontaires». Je crois qu’on pouvait s’attendre à ce que les membres du jury démontrent un puissant scepticisme au sujet d’une telle preuve. Quiconque pense qu’un jury formé de chauffeurs d’autobus, d’employés de bureau et d’autres gens pratiques sera moins sceptique qu’un juge ou un professeur de droit n’a peut-être pas passé assez de temps dans les autobus ou autour des machines à café dans les bureaux.

#### (5) Conclusion sur la question de l’automatisme

En définitive, je crois que, compte tenu de la décision du juge du procès relative à la preuve, selon laquelle il était établi que l’appelant était inconscient tout au long de la perpétration de l’infraction, ce dernier avait droit à ce que la défense d’automatisme sans troubles mentaux soit soumise à l’appréciation du jury, pour les motifs suivants.

Premièrement, je n’accepte pas l’argument du ministère public selon lequel la classification jurisprudentielle des situations dans les catégories de l’automatisme avec troubles mentaux et de l’automatisme sans troubles mentaux peut le dégager de l’obligation de prouver tous les éléments de l’infraction, y compris le caractère volontaire. Comme nous l’avons vu, une telle interprétation suscite de fortes objections fondées sur l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*, et il n’y a eu, en l’espèce, aucune tentative de fournir une justification au sens de l’article premier.

Deuxièmement, imposer à l’appelant une charge de persuasion consistant à établir le «caractère involontaire» selon la prépondérance des probabilités, au lieu de la charge de présentation actuelle, soulève les mêmes problèmes de *Charte*, et le dossier n’indique aucune tentative de justification à cet égard.

Thirdly, the “internal cause” theory, on which the Crown rested its argument, cannot be used to deprive the appellant of the benefit of the jury’s consideration of the voluntariness of his action, once he had met the evidential onus, without risking a violation of s. 11(f) of the *Charter*. *Rabey*’s treatment of the internal cause theory has to be looked at in light of the decision of this Court in *Parks*, *supra*, which signalled some serious reservations about the usefulness of the “internal cause” theory, except as an “analytical tool”. *Rabey*, as clarified in *Parks*, does not impose a presumption that a lack of voluntariness must be attributed to the existence of a mental disorder any time there is no identification of a convincing external cause. Once the appellant in this case had discharged his evidential onus, he was entitled to have the issue of voluntariness go to the jury.

Fourthly, it was wrong of the courts to require the appellant to substitute for his chosen defence of involuntariness the conceptually quite different plea of insanity. One of the few points of agreement between the defence and Crown experts at trial was that the appellant did not suffer from anything that could be described medically as a disease of the mind. He was either unconscious at the time of the killing or he was not telling the truth at the time of the trial. This was a question for the jury. The statutory inquiry into whether he was “suffering from a mental disorder” that rendered him “incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong” are qualitative questions that are not really responsive to his allegation that he was not conscious of having acted at all.

Finally, the evidence established that there are states of automatism where perfectly sane people lose conscious control over their actions. At that point, it was up to the jury, not the judge, to decide if the appellant had brought himself within the physical and mental condition thus identified. As

Troisièmement, la théorie de la «cause interne», qui sous-tend l’argumentation du ministère public, ne saurait, sans risquer de porter atteinte à l’al. 11f) de la *Charte*, servir à priver l’appelant du bénéfice de voir le jury apprécier le caractère volontaire de son acte, une fois qu’il s’est acquitté de la charge de présentation. La façon dont la théorie de la cause interne est traitée dans *Rabey* doit être examinée à la lumière de l’arrêt *Parks*, précité, dans lequel notre Cour a exprimé de sérieuses réserves au sujet de l’utilité de la théorie de la «cause interne», sauf en tant qu’«instrument d’analyse». L’arrêt *Rabey*, qui est clarifié dans *Parks*, n’impose aucune présomption que l’absence de caractère volontaire doit être attribuée à l’existence de troubles mentaux chaque fois qu’aucune cause externe convaincante n’est identifiée. En l’espèce, une fois qu’il s’était acquitté de sa charge de présentation, l’appelant avait droit à ce que la question du caractère volontaire soit soumise à l’appréciation du jury.

Quatrièmement, les tribunaux ont eu tort d’obliger l’appelant à substituer à la défense du caractère involontaire qu’il avait choisie la défense d’aliénation mentale qui est tout à fait différente sur le plan conceptuel. L’un des rares points sur lesquels s’entendaient les experts de la défense et du ministère public au procès était que l’appelant ne souffrait de rien qui pouvait être décrit comme une maladie mentale au sens médical. Ou bien il était inconscient au moment de l’homicide, ou bien il ne disait pas la vérité au procès. C’est une question qu’il appartenait au jury de trancher. L’examen, prévu par la loi, de la question de savoir s’il était «atteint[t] de troubles mentaux» qui le rendaient «incapable de juger de la nature et de la qualité de l’acte ou de l’omission, ou de savoir que l’acte ou l’omission était mauvais» est de nature qualitative et ne règle pas vraiment son allégation qu’il n’était même pas conscient d’avoir agi.

Enfin, la preuve établissait qu’il existe des états d’automatisme dans lesquels des personnes parfaitement saines d’esprit perdent la maîtrise consciente de leurs actes. Il appartenait alors au jury, et non pas au juge, de décider si l’appelant avait sombré dans un tel état physique et mental. Comme le

93

94

95

Dickson C.J. observed in *Bernard, supra*, at p. 848, the jurors were “perfectly capable of sizing the matter up”.

*B. Forced Disclosure of Expert Report to Crown*

96

The appellant advanced a second issue on the conviction appeal, asserting that the trial judge had made a reversible error in ordering the production of Dr. Janke’s report to the Crown at the outset of the defence case. McEachern C.J. agreed that a report prepared by a defence expert would normally be privileged and not properly subject to a disclosure order. However, he held that in light of comments made by defence counsel at the opening of the defence case, and the fact Dr. Janke’s report would have been disclosed in any event as soon as he took the witness stand, premature disclosure had not occasioned any miscarriage of justice.

97

In my view, it was unnecessary to rely on the curative provision of s. 686 in this case. The appellant, through his counsel, waived the privilege in the report at the opening of the defence case. At that time defence counsel made the following references to the content of Dr. Janke’s anticipated evidence:

As I have indicated earlier, you have heard during the Crown’s case what happened. You are now about to hear from Mr. Stone and from a forensic psychiatrist, Dr. Janke, why it happened. Dr. Janke will explain that Mr. Stone’s state of mind at the time of the killing was known in psychiatric terms as a dissociative state.

Dr. Janke is a psychiatrist who works in private practice, on contract with the government, and he teaches at UBC. He will give evidence to explain in psychiatric terms his diagnosis of Mr. Stone’s state of mind at the time of the attack. He will say that Mr. Stone was in a dissociative state or acting as an automaton, that is, somebody who is acting unconsciously. He will say that as Mr. Stone was not acting consciously, he could not have intended to kill his wife. [Emphasis added.]

juge en chef Dickson le fait observer dans l’arrêt *Bernard*, précité, à la p. 848, les jurés étaient «parfaitement capables d’évaluer la question».

*B. La communication forcée du rapport d’expert au ministère public*

L’appelant a soulevé un deuxième point dans l’appel interjeté contre sa déclaration de culpabilité, affirmant que le juge du procès avait commis une erreur justifiant annulation en ordonnant la production au ministère public du rapport du Dr Janke dès le début de la plaidoirie de la défense. Le juge en chef McEachern a convenu qu’un rapport préparé par un expert de la défense est normalement protégé et ne peut faire l’objet d’une ordonnance de communication. Il a toutefois statué que, compte tenu des commentaires de l’avocat de la défense à l’ouverture de sa preuve et du fait que le rapport du Dr Janke aurait de toute façon été communiqué dès qu’il se serait présenté à la barre des témoins, sa communication prématurée n’avait engendré aucune erreur judiciaire.

J’estime qu’il était inutile, en l’espèce, d’invoquer la disposition réparatrice de l’art. 686. L’appelant a, par l’intermédiaire de son avocat, renoncé au privilège rattaché au rapport, à l’ouverture de la preuve de la défense. À ce moment, l’avocat avait évoqué en ces termes le contenu du témoignage escompté du Dr Janke:

[TRANSDUCTION] Comme je l’ai déjà indiqué, vous avez appris ce qui s’est passé, pendant la présentation de la preuve de la poursuite. Vous allez maintenant entendre M. Stone et un psychiatre légiste, le Dr Janke, dire pourquoi c’est arrivé. Le Dr Janke vous expliquera que l’état d’esprit de M. Stone au moment de l’homicide est connu, en psychiatrie, comme un état de dissociation.

Le Dr Janke exerce la psychiatrie en cabinet privé, comme consultant auprès du gouvernement, et il enseigne à UBC. Son témoignage expliquera en termes psychiatriques son diagnostic concernant l’état d’esprit de M. Stone au moment de l’attaque. Il vous dira que M. Stone était dans un état de dissociation ou qu’il agissait comme un automate, c’est-à-dire comme quelqu’un qui agit inconsciemment. Il dira que puisque M. Stone n’agissait pas de façon consciente, il ne pouvait avoir eu l’intention de tuer son épouse. [Je souligne.]

By disclosing what he wanted from the report in favour of the accused, defence counsel could not then conceal the balance of the report whose contents might contradict or put in context what had been disclosed. It is true that Dr. Janke's report included not only his diagnosis, but a recital of the facts as provided by the appellant and which formed the basis of his expert opinion. It was through disclosure of the report, for example, that the Crown learned that the accused, contrary to his initial trial testimony, appeared to have some recall of the beginning of the fatal assault by way of a dream. The contents of the report, including the statements attributed to the appellant, were of course known to defence counsel at the time he chose to make the disclosure to the jury. It was not open to the appellant to pick and choose the portions of an expert report to be put before the trier of fact. Accordingly, the trial judge acted appropriately by ordering the production of Dr. Janke's report at the conclusion of the defence opening address.

However, I would also, if it were necessary, give effect to the alternative ground accepted by McEachern C.J. The act of calling of Dr. Janke would certainly constitute waiver of any privilege attached to his report. As noted by McEachern C.J., once a witness takes the stand, he/she can no longer be characterized as offering private advice to a party. They are offering an opinion for the assistance of the court. As such, the opposing party must be given access to the foundation of such opinions to test them adequately. Given the fact that the report would have to have been disclosed after Dr. Janke's direct examination, the prior disclosure of the report cannot be said to have had any material impact on the outcome of the trial. Absent the earlier disclosure, the Crown would have been entitled to stand the appellant down before completing its cross-examination of him, and to recall him once they had been given an opportunity to consider the contents of the report. Accordingly, even if defence counsel's opening address had been insufficient to trigger disclosure, s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* would properly be applied to cure the error.

En divulguant ce qu'il comptait utiliser en faveur de l'accusé dans le rapport du Dr Janke, l'avocat de la défense ne pouvait dissimuler les autres parties du document susceptibles de contredire ou mettre en contexte ce qui avait été révélé. Il est vrai que le rapport du Dr Janke comprenait non seulement son diagnostic, mais encore une relation des faits fournie par l'appelant sur laquelle l'expert fondait son opinion. C'est grâce à la communication de ce rapport, par exemple, que le ministère public a appris que l'accusé, contrairement à ce qu'il avait déclaré dans son témoignage initial, semblait, à cause d'un rêve, avoir un certain souvenir du début de l'agression fatale. L'avocat de la défense connaissait bien sûr le contenu du rapport, y compris les déclarations attribuées à l'appelant, lorsqu'il a choisi de le communiquer au jury. Il n'était pas loisible à l'appelant de choisir les parties d'un rapport d'expert qui seraient soumises au juge des faits. C'est donc à bon droit que le juge du procès a ordonné la production du rapport du Dr Janke à la fin de l'exposé initial de la défense.

Toutefois, si cela s'avérait nécessaire, je donnerais également suite au moyen subsidiaire retenu par le juge en chef McEachern. Le fait d'appeler le Dr Janke à la barre constituait sûrement une renonciation à tout privilège rattaché à son rapport. Comme le juge en chef McEachern l'a souligné, dès qu'un témoin se présente à la barre, on ne peut plus considérer qu'il donne des conseils confidentiels à une partie. Il donne une opinion pour assister le tribunal. Pour cette raison, la partie adverse doit avoir accès aux fondements de telles opinions pour en vérifier adéquatement l'exactitude. Étant donné que le rapport aurait dû être communiqué après l'interrogatoire principal du Dr Janke, on ne saurait dire que sa communication antérieure a eu un effet important sur l'issue du procès. Si cette communication antérieure n'avait pas eu lieu, le ministère public aurait eu le droit d'interrompre son contre-interrogatoire de l'appelant et de le reprendre après avoir obtenu la possibilité d'examiner le contenu du rapport. Par conséquent, même si l'exposé initial de l'avocat de la défense avait été insuffisant pour entraîner la communication, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* permettrait de réparer l'erreur commise.

IV. Disposition

100 In the result, I would have allowed the appeal, set aside the order of the British Columbia Court of Appeal and directed a new trial. Had I shared the conclusion of Bastarache J. to dismiss the appeal against conviction, I would also have concurred in the dismissal of the Crown's appeal on sentence for the reasons he gives.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Bastarache JJ. was delivered by

101 BASTARACHE J. — The present case involves automatism, and more specifically, “psychological blow” automatism. The appellant claims that nothing more than his wife's words caused him to enter an automatistic state in which his actions, which include stabbing his wife 47 times, were involuntary. How can an accused demonstrate that mere words caused him to enter an automatistic state such that his actions were involuntary and thus do not attract criminal law sanction? This is the issue raised in this appeal.

I. Facts

102 The appellant was charged with the murder of his wife, Donna Stone. At trial, the appellant admitted killing his wife. In his defence, the appellant claimed: insane automatism, non-insane automatism, lack of intent, and alternatively, provocation.

103 The appellant met Donna Stone in the spring of 1993 and the two were married on May 8, 1993. They lived in Winfield, British Columbia, in the Okanagan Valley. This was the appellant's third marriage. He has two teenage sons from his second marriage. His sons live with their mother in Surrey, British Columbia, a suburb of Vancouver.

IV. Dispositif

En définitive, j'aurais accueilli le pourvoi, annulé l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Si j'avais partagé la décision du juge Bastarache de rejeter le pourvoi contre la déclaration de culpabilité, j'aurais également souscrit, pour les raisons qu'il donne, au rejet du pourvoi du ministère public contre la peine infligée.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE — Il est question en l'espèce d'automatisme et, plus précisément, d'automatisme «provoqué par un choc psychologique». L'appelant prétend que les seules paroles prononcées par son épouse l'ont plongé dans un état d'automatisme tel que les actes qu'il a alors accomplis étaient involontaires, y compris les 47 coups de couteau qu'il lui a assénés. Comment un accusé peut-il démontrer que de simples paroles l'ont fait sombrer dans un état d'automatisme tel que ses actes étaient involontaires et ne justifient donc pas une sanction pénale? Telle est la question soulevée dans le présent pourvoi.

I. Les faits

L'appelant a été accusé du meurtre de son épouse, Donna Stone. Au procès, il a admis l'avoir tuée. Pour sa défense, il a invoqué l'automatisme avec aliénation mentale, l'automatisme sans aliénation mentale, l'absence d'intention et, subsidiairement, la provocation.

L'appelant a rencontré Donna Stone au printemps 1993. Ils se sont mariés le 8 mai de la même année. Ils ont habité Winfield (Colombie-Britannique), dans la vallée de l'Okanagan. Il s'agissait du troisième mariage de l'appelant. Deux fils, aujourd'hui adolescents, sont issus de son deuxième mariage. Ils vivent avec leur mère à Surrey (Colombie-Britannique), en banlieue de Vancouver.

In March 1994, the appellant planned a business trip to Vancouver. He decided to visit his sons while in the Vancouver area. He contacted his second wife and made arrangements to take his sons out for dinner and a movie. The appellant did not tell Donna Stone of his intention to travel to Vancouver and visit his sons because she did not get along with them.

According to the appellant, Donna Stone learned of his intention to go to Vancouver. She demanded to go along with him and said she would follow him in another vehicle if he did not take her. The appellant agreed to take her with him to Vancouver.

The appellant testified that Donna Stone berated him throughout the drive to Vancouver and objected to his visit with his sons. Nevertheless, the appellant drove to the home of his second wife for the planned visit with his sons. The visit lasted only 15 minutes because Donna Stone threatened to “lay on the horn until the police come”.

The appellant testified that after the brief visit with his sons, he and Donna Stone drove towards Vancouver. According to the appellant, Donna Stone asked him if he wanted a divorce. He responded that they might as well get divorced if she was not going to let him see his sons. This answer upset the victim and she again began to berate the appellant.

The appellant testified that he pulled into an empty lot and turned off the truck’s engine while Donna Stone continued to yell at him:

... I sat there with my head down while she’s still yelling at me that I’m nothing but a piece of shit and that when she had talked to the police, that she had told them lies, that I was abusing her, and that they were getting all the paperwork ready to have me arrested, and that all she had to do was phone them; and once they had me arrested, that she was going to get a court order so that I wouldn’t be allowed back onto our property and that I would have to go and live with my mother and run my business from there, that she was going to quit working and she was just going to stay in the house with her

En mars 1994, l’appelant a planifié un voyage d’affaires à Vancouver. Il a décidé de rendre visite à ses fils pendant qu’il se trouverait dans cette région. Il a communiqué avec sa seconde épouse et a pris les dispositions nécessaires pour emmener ses fils au restaurant et au cinéma. L’appelant n’a pas informé Donna Stone de son intention d’aller à Vancouver et de rendre visite à ses fils parce que cette dernière ne s’entendait pas bien avec eux.

Selon l’appelant, Donna Stone a appris qu’il avait l’intention d’aller à Vancouver. Elle a exigé de l’accompagner ajoutant qu’elle le suivrait dans un autre véhicule s’il refusait qu’elle soit du voyage. L’appelant a consenti à l’emmener avec lui à Vancouver.

L’appelant a témoigné que Donna Stone l’avait réprimandé pendant tout le trajet jusqu’à Vancouver et qu’elle s’opposait à ce qu’il rende visite à ses fils. Il s’est néanmoins rendu chez sa seconde épouse pour rendre visite à ses fils comme prévu. La visite n’a duré que 15 minutes parce que Donna Stone menaçait d’ [TRADUCTION] «appuyer sur le klaxon jusqu’à ce que la police arrive».

L’appelant a témoigné que, après la brève visite faite à ses fils, lui et Donna Stone s’étaient dirigés vers Vancouver. Selon l’appelant, Donna Stone lui a demandé s’il voulait divorcer. Il a répondu qu’il serait préférable qu’ils divorcent si elle ne le laissait pas voir ses fils. Cette réponse a mis la victime en colère et celle-ci a recommencé à engueuler l’appelant.

L’appelant a témoigné qu’il s’était garé dans un terrain vague et qu’il avait éteint le moteur pendant que Donna Stone continuait de vociférer contre lui:

[TRADUCTION] ... je suis resté assis là la tête baissée pendant qu’elle continuait de me crier que je n’étais rien d’autre qu’un tas de merde, que lorsqu’elle avait parlé aux policiers, elle leur avait menti en leur disant que je la maltraçais, qu’ils étaient en train de préparer les documents nécessaires pour me faire arrêter et que tout ce qu’elle avait à faire était de leur téléphoner; et qu’une fois qu’ils m’auraient arrêté, elle obtiendrait une ordonnance de la cour qui m’empêcherait de retourner à la maison, de sorte que je devrais aller vivre chez ma mère et exploiter mon entreprise depuis cet endroit, qu’elle

104

105

106

107

108

children and that I would have to pay her alimony and child support.

... Well, she just continued on and she just said that she couldn't stand to listen to me whistle, that every time I touched her, she felt sick, that I was a lousy fuck and that I had a little penis and that she's never going to fuck me again, and I'm just sitting there with my head down; and by this time, she's kneeling on the seat and she's yelling this in my face. . . .

109 The appellant testified that the victim's voice began to fade off. He recalls wondering why she was treating him and his children in this way. He also remembers thinking about how people in the small town in which he lived would look at him if his wife had him arrested. The appellant then remembers a "whoosh" sensation washing over him from his feet to his head. According to the appellant, when his eyes focussed again, he was staring straight ahead and felt something in his hand. He was holding a six-inch hunting knife which he kept in the truck. He looked over and saw Donna Stone slumped over on the seat. He knew she was dead. It would later be determined that Donna Stone died from loss of blood resulting from 47 stab wounds.

110 The appellant testified that he opened the passenger door and Donna Stone's body fell out onto the ground. After five to ten minutes, the appellant put his wife's body in a toolbox in the back of his truck. He then washed the blood from his hands in a puddle, removed his bloody clothes and put on extra clothes he kept in the truck. The appellant then pulled out of the empty lot and drove to a nearby motel where he asked for directions home and purchased a six-pack of beer to calm his nerves.

111 According to the appellant, he arrived home around 3:00 a.m. He did not immediately go in because the lights were on and he feared someone was still awake. The appellant parked down the road until 6:00 a.m. He then drove the truck into his garage and went into the house where he

arrêterait de travailler et resterait simplement à la maison avec ses enfants, et que je devrais lui verser une pension alimentaire, pour elle et pour ses enfants.

... Bien, elle n'arrêtait pas et a simplement dit qu'elle ne pouvait pas endurer m'entendre siffler, que je la dégoûtai chaque fois que je la touchais, que j'étais nul au lit, que j'avais un petit pénis et qu'elle ne coucherait plus jamais avec moi; et j'étais juste assis là, la tête baissée, et, à ce moment-là, elle était à genoux sur le siège et me lançait cela au visage. . . .

L'appelant a témoigné que la voix de la victime avait commencé à baisser. Il se rappelle s'être demandé pourquoi elle les traitait ainsi, lui et ses enfants. Il se souvient également avoir pensé à la façon dont les gens de la petite ville où il habitait le jugeraient si son épouse le faisait arrêter. L'appelant se rappelle ensuite avoir eu la sensation «d'être emporté» par une vague le submergeant des pieds à la tête. Selon l'appelant, lorsqu'il a repris ses sens, il regardait droit devant lui et a senti quelque chose dans sa main. Il tenait le couteau de chasse de six pouces qu'il conservait dans le camion. Il a levé les yeux et a aperçu Donna Stone affaissée sur le siège. Il savait qu'elle était morte. Il a été établi, par la suite, que Donna Stone était morte au bout de son sang après avoir été poignardée à 47 reprises.

L'appelant a témoigné qu'il avait ouvert la portière du passager et que le corps de Donna Stone était tombé sur le sol. Entre cinq et dix minutes plus tard, l'appelant a placé le corps de son épouse dans une boîte à outils à l'arrière de son camion. Il a alors lavé ses mains ensanglantées dans une flaque d'eau, puis a retiré ses vêtements tachés de sang pour enfiler des vêtements de rechange qu'il gardait dans le camion. L'appelant a ensuite quitté le terrain vague et s'est rendu à un motel situé tout près où il a demandé des indications sur l'itinéraire à suivre pour retourner chez lui et a acheté un carton de six bières pour se calmer les nerfs.

Selon sa relation des faits, l'appelant est arrivé chez lui vers 3 heures du matin. Il n'est pas entré immédiatement car les lumières étaient allumées et il craignait que quelqu'un ne soit pas encore couché. Il est resté stationné dans la rue jusqu'à 6 heures du matin, après quoi il a conduit son

cleaned up and packed a few shirts. He left a note for his step-daughter, the daughter of the victim:

Sorry, Nicole, but she just wouldn't stop yelling at me. My loan to the bank, credit union has insurance on it if I die. Love Bert

The appellant testified that he checked into a hotel so he could take a shower and shave. He then collected an outstanding debt, sold a car he owned and took a cab to the airport. He flew to Mexico. While in Mexico, the appellant awoke one morning to the sensation of having his throat cut. In trying to recall his dream, he remembered stabbing Donna Stone twice in the chest before experiencing the "whooshing" sensation.

Donna Stone's body was found in the tool box in the appellant's truck two days after her death.

The appellant returned to Canada approximately six weeks later on May 2, 1994. The next day he spoke to a lawyer and then surrendered himself to police.

## II. Psychiatric Evidence

Two psychiatrists gave evidence in this case. The defence psychiatrist, Dr. Janke, interviewed the appellant on two occasions approximately 18 months after the killing. The Crown psychiatrist, Dr. Murphy, interviewed the appellant for one hour on the seventh day of the trial.

### A. *Evidence of Dr. Janke*

Dr. Janke testified that a dissociative episode is a medical term for a circumstance in which an individual's thinking component, including his judgment and ability to know what he is doing, splits from his physical body. According to Dr. Janke, dissociation can be caused by a psychological blow and is often accompanied by partial to

camion dans le garage et est entré dans la maison, où il a fait du ménage et mis quelques chemises dans une valise. Il a laissé un mot à sa belle-fille, la fille de la victime:

[TRADUCTION] Désolé, Nicole, mais elle n'arrêtait pas de crier après moi. Le prêt que j'ai à la banque, à la caisse populaire, est assuré au cas où je mourrais. Affectueuxment, Bert

L'appelant a témoigné qu'il avait loué une chambre d'hôtel pour prendre une douche et se raser. Ensuite, il a perçu une somme qui lui était due, vendu une auto lui appartenant et pris un taxi en direction de l'aéroport, où il s'est envolé pour le Mexique. Pendant son séjour dans ce pays, l'appelant s'est réveillé un matin, en proie à la sensation qu'on lui tranchait la gorge. En essayant de se remémorer le rêve qu'il avait fait, il s'est souvenu avoir poignardé Donna Stone à la poitrine à deux reprises avant d'avoir la sensation «d'être emporté».

Le corps de Donna Stone a été découvert dans la boîte à outils du camion de l'appelant deux jours après sa mort.

L'appelant est revenu au Canada environ six semaines plus tard, soit le 2 mai 1994. Le lendemain, il a parlé à un avocat et s'est ensuite livré à la police.

## II. La preuve psychiatrique

Deux psychiatres ont témoigné dans la présente affaire. Le Dr Janke, psychiatre de la défense, s'est entretenu à deux reprises avec l'appelant environ 18 mois après l'homicide. Le Dr Murphy, psychiatre du ministère public, a rencontré l'appelant pendant une heure le septième jour du procès.

### A. *Le témoignage du Dr Janke*

Le Dr Janke a témoigné qu'un «épisode de dissociation» est une expression médicale qui désigne une situation où la pensée d'une personne, y compris son discernement et sa capacité de savoir ce qu'elle fait, se sépare de son corps. Selon le Dr Janke, la dissociation peut être causée par un choc psychologique et s'accompagne souvent

112

113

114

115

116

complete memory loss. Dr. Janke was unaware of any cases in which a violent dissociative episode had recurred.

d'une perte de mémoire partielle ou totale. À sa connaissance, il n'était jamais arrivé qu'un épisode de dissociation accompagné de violence se répète.

117 Dr. Janke testified that the appellant's account of the facts in this case was consistent with a dissociative episode caused by a series of psychological blows. In particular, Dr. Janke noted that the following facts are consistent with dissociation: Donna Stone's words immediately prior to the killing were extreme; the appellant's second wife reported that two to three hours before the killing the appellant seemed out of character; the appellant reported experiencing a "whooshing" sensation followed by a re-awareness stage; the appellant reported decreasing concentration, difficulty following driving directions and memory loss; and the attack was of a frenzied, overkill nature.

Le D<sup>r</sup> Janke a témoigné que les faits relatés par l'appellant en l'espèce pouvaient laisser croire à l'existence d'un épisode de dissociation causé par une série de chocs psychologiques. Il a notamment souligné que les faits suivants pouvaient laisser croire à l'existence d'un état de dissociation: les paroles de Donna Stone juste avant l'homicide étaient outrancières; la seconde épouse de l'appellant a raconté que, deux ou trois heures avant l'homicide, l'appellant lui avait semblé ne pas être le même homme; l'appellant a relaté avoir eu la sensation «d'être emporté», et avoir ensuite repris conscience; l'appellant a dit avoir eu une perte de concentration et de mémoire, ainsi que du mal à suivre les indications routières qui lui avaient été données; enfin l'agression a été particulièrement violente et acharnée.

118 In Dr. Janke's opinion, the appellant was in a dissociative state for at least the majority of the attack on Donna Stone. According to Dr. Janke, this state resulted from Donna Stone's extreme insults which must be viewed in the context of the stress the appellant had endured throughout the day. However, Dr. Janke qualified his opinion by noting that it was largely dependant on the accuracy and truthfulness of the appellant's account of events.

Selon le D<sup>r</sup> Janke, l'appellant était dans un état de dissociation au moins pendant la majeure partie de l'agression à laquelle il s'est livré sur Donna Stone. À son avis, cet état a résulté des graves injures proférées par la victime, qui doivent être considérées dans le contexte du stress que l'appellant avait subi pendant toute la journée. Toutefois, le D<sup>r</sup> Janke a nuancé son opinion en soulignant qu'elle reposait en grande partie sur l'exactitude et la fidélité de la relation des faits de l'appellant.

119 According to Dr. Janke, there was no evidence that the appellant suffered from any psychiatric or physical condition which could have been responsible for a dissociative episode. The only psychological factor the appellant possessed which may have contributed to a dissociative episode was his tendency not to be aware of his emotional state. Dr. Janke considered this factor to be within the normal range of human behaviour.

Selon le D<sup>r</sup> Janke, il n'y avait aucune preuve que l'appellant souffrait d'un trouble psychiatrique ou physique susceptible de déclencher un épisode de dissociation. Le seul facteur psychologique qui pouvait avoir déclenché un épisode de dissociation chez l'appellant était sa tendance à être inconscient de son état émotif. Le D<sup>r</sup> Janke considérait que ce facteur faisait partie du comportement humain normal.

120 Dr. Janke agreed that the appellant told him that while he was in Mexico, he "became aware of a memory of having a knife in his hand and stabbing Donna Stone twice in the chest before having the 'whooshing' sensation" (emphasis added). However, Dr. Janke pointed out that an individual who

Le D<sup>r</sup> Janke a convenu que l'appellant lui avait raconté que, pendant son séjour au Mexique, [TRADUCTION] «lui était revenu le souvenir d'avoir eu un couteau à la main et d'avoir poignardé Donna Stone à la poitrine à deux reprises avant d'avoir la sensation "d'être

has had a dissociative episode is usually unable to sequence memories of events surrounding the episode accurately and chronologically.

### B. Evidence of Dr. Murphy

Dr. Murphy agreed with much of Dr. Janke's evidence about dissociation generally. For example, she accepted his explanation of what dissociation is. She also agreed that dissociation is often accompanied by memory loss and an inability to sequence memories of events surrounding the episode accurately and chronologically. Like Dr. Janke, Dr. Murphy was unaware of any cases in which a violent dissociative episode had recurred.

In relation to the appellant's claim of dissociation, Dr. Murphy testified that it is possible that the appellant was in a dissociative state when he killed Donna Stone. However, she noted that there is no scientific method of completely ruling out a claim of dissociation once it has been made. Furthermore, she opined that although it is possible, it is extremely unlikely that the appellant was in a dissociative state when he killed his wife. Dr. Murphy's scepticism was based upon several factors. First, she pointed out that the appellant's reported decrease in concentration, difficulty following driving directions and memory loss were common phenomenon which, though consistent with dissociation, could easily be attributed to a number of other factors. In particular, the appellant's reported lack of memory in itself is not conclusive since up to 50 per cent of people who are charged with serious crimes report that they do not remember the incident. Dr. Murphy also pointed out that the frenzied, overkill nature of the attack was equally consistent with rage as with dissociation.

Dr. Murphy noted that the mind and body of a person in a dissociative state have been split. For this reason, she would expect that there would

emporté"» (je souligne). Cependant, le Dr Janke a fait remarquer que la personne qui a connu un épisode de dissociation est généralement incapable de rétablir exactement le déroulement chronologique des faits ayant entouré cet épisode.

### B. Le témoignage du Dr Murphy

Le Dr Murphy s'est dite d'accord avec une bonne partie du témoignage du Dr Janke portant sur la dissociation en général. Par exemple, elle a accepté sa définition de ce phénomène. Elle a également convenu que la dissociation était souvent accompagnée d'une perte de mémoire et de l'incapacité de rétablir exactement le déroulement chronologique des faits ayant entouré l'épisode de dissociation. Comme le Dr Janke, elle ne connaissait aucun cas où un épisode de dissociation accompagné de violence s'était répété.

Quant à l'argument de la dissociation avancé par l'appellant, le Dr Murphy a témoigné qu'il se pouvait que celui-ci ait été dans un tel état lorsqu'il a tué Donna Stone. Elle a toutefois ajouté qu'il n'existe aucun moyen scientifique d'écarter totalement un tel argument une fois qu'il est avancé. En outre, elle a exprimé l'avis que, même s'il se pouvait que l'appellant se soit trouvé dans un état de dissociation lorsqu'il a tué son épouse, il était fort improbable qu'il en ait été ainsi. Son scepticisme était dû à plusieurs facteurs. Elle a souligné que la perte de concentration et de mémoire, ainsi que la difficulté à suivre les indications routières, relatées par l'appellant étaient des phénomènes courants qui, bien que susceptibles de laisser croire à l'existence d'un état de dissociation, pouvaient facilement être attribués à un certain nombre d'autres facteurs. Notamment, la perte de mémoire mentionnée par l'appellant n'est pas déterminante en soi étant donné que jusqu'à la moitié des gens qui sont accusés de crimes graves disent ne pas se souvenir de les avoir commis. Le Dr Murphy a aussi fait observer que le caractère particulièrement violent et acharné de l'agression pouvait autant être attribué à la rage qu'à un état de dissociation.

Le Dr Murphy a souligné que l'esprit et le corps d'une personne en état de dissociation sont séparés. Pour cette raison, elle s'attendrait à ce

121

122

123

usually be no connection between the dissociated acts and the social context immediately preceding them. For example, a person who is watching television with a group of people might get up and urinate in front of the others. According to Dr. Murphy, the fact that Donna Stone was both the trigger of the dissociative episode and the victim of the appellant's dissociated violence renders the appellant's claim of dissociation suspect.

qu'il n'y ait habituellement aucun lien entre les actes liés à la dissociation et le contexte social qui les a précédés immédiatement. Par exemple, une personne qui regarde la télévision avec un groupe de gens pourrait se lever et uriner devant eux. Selon le D<sup>r</sup> Murphy, le fait que Donna Stone a été à la fois l'élément déclencheur de l'état de dissociation et la victime de la violence de l'appelant alors qu'il était dans cet état jette un doute sur l'argument de la dissociation avancé par ce dernier.

124 Finally, Dr. Murphy noted that Dr. Janke's opinion that the appellant had experienced a dissociative episode was based almost exclusively on the appellant's account of events. She testified that psychiatrists must view claims of dissociation with suspicion if they are made in legal contexts where the claimant has an obvious interest in a favourable disposition. In such circumstances, the evidence of bystanders who can corroborate the claimant's explanation of events and provide information about the appearance of the claimant at the time of the incident is an important element in confirming the validity of a claim of dissociation.

Enfin, le D<sup>r</sup> Murphy a fait remarquer que l'opinion du D<sup>r</sup> Janke, selon laquelle l'appelant avait connu un épisode de dissociation, était fondée presque uniquement sur la relation des faits de ce dernier. Elle a témoigné que les psychiatres doivent se méfier des arguments de dissociation avancés dans un contexte judiciaire où leur auteur a manifestement intérêt à ce qu'ils soient acceptés. Dans de tels cas, le témoignage d'observateurs qui peuvent corroborer l'explication des faits par le demandeur et fournir des renseignements sur son apparence au moment où ces faits se sont déroulés est important pour confirmer la validité d'un argument de dissociation.

125 Dr. Murphy agreed with Dr. Janke that there was no evidence that the appellant suffered from any medically recognized psychiatric disorder which could have been responsible for a dissociative episode.

Le D<sup>r</sup> Murphy partageait l'avis du D<sup>r</sup> Janke qu'il n'y avait aucune preuve que l'appelant souffrait d'un trouble psychiatrique médicalement reconnu, qui pouvait avoir provoqué un épisode de dissociation.

### III. Judicial History

### III. Historique des procédures judiciaires

#### A. *British Columbia Supreme Court — Brenner J.*

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — le juge Brenner*

##### (1) Ruling on Whether to Instruct the Jury on Automatism

##### (1) La décision concernant l'opportunité de donner au jury des directives sur l'automatisme

126 Brenner J. considered whether or not to put the defence of automatism to the jury in the context of a *voir dire*. He identified his first task: to determine, as a question of law, whether the defence had raised sufficient evidence of involuntariness such that the general defence of automatism was entitled to be put to the jury.

Le juge Brenner s'est demandé s'il y avait lieu de soumettre la défense d'automatisme à l'appréciation du jury, dans le cadre d'un voir-dire. Selon lui, sa première tâche consistait à décider si, en droit, la défense avait présenté une preuve suffisante du caractère involontaire pour que le moyen de défense général fondé sur l'automatisme puisse être soumis à l'appréciation du jury.

Brenner J. then turned to the definition of automatism. He cited the definition of Dickson J., as he then was, speaking in dissent in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 552:

In principle, the defence of automatism should be available whenever there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime, that cannot be attributed to fault or negligence of his part.

Noting that this definition had been approved by La Forest J., speaking for the majority of this Court, in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 905, Brenner J. concluded that the defence of automatism is only available where there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime. However, the evidence in the present case revealed that while in Mexico, the appellant recalled inflicting two of the stab wounds to Donna Stone's chest before experiencing the "whooshing" sensation. Nevertheless, since automatism had been left with juries in other British Columbia cases in which accused persons had partial recollection of the crime, Brenner J. concluded that the authorities did not exclude the availability of this defence merely because the appellant has some recollection of what happened.

Brenner J. held that in the present case there was evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime because the only recollection of events had come to the appellant in a dream several days after he had killed Donna Stone. As a result, he found that the defence had laid the proper evidentiary foundation for the general defence of automatism. Brenner J. then correctly identified the second question before him: whether insane or non-insane automatism should be left with the jury.

Brenner J. found the case of *R. v. MacLeod* (1980), 52 C.C.C. (2d) 193 (B.C.C.A.), indistin-

127  
Le juge Brenner a alors abordé la définition de l'automatisme. Il a cité celle donnée en dissidence par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, à la p. 552:

En principe, l'automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime et qu'on ne peut l'imputer à la faute ou à la négligence de l'accusé.

128  
Faisant remarquer que cette définition avait été approuvée par le juge La Forest au nom de notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, à la p. 905, le juge Brenner a conclu que l'automatisme comme moyen de défense ne peut être invoqué que lorsqu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. Toutefois, la preuve révélait en l'espèce que, pendant son séjour au Mexique, l'appellant s'était souvenu avoir poignardé Donna Stone à la poitrine à deux reprises avant d'avoir la sensation «d'être emporté». Néanmoins, vu que la défense d'automatisme avait été soumise à l'appréciation du jury dans d'autres affaires en Colombie-Britannique où les accusés avaient un souvenir partiel du crime qui leur était reproché, le juge Brenner a conclu que la jurisprudence n'empêchait pas d'invoquer ce moyen simplement parce que l'appellant avait un certain souvenir de ce qui s'était produit.

129  
Le juge Brenner a décidé qu'il était établi en l'espèce qu'il y avait eu perte de conscience tout au long de la perpétration du crime, car le seul souvenir que l'appellant avait des faits lui était revenu au cours d'un rêve, plusieurs jours après qu'il eut tué Donna Stone. Il a donc conclu que la défense avait établi les fondements de la défense générale d'automatisme. Le juge Brenner a ensuite correctement énoncé la deuxième question dont il était saisi, celle de savoir si la défense d'automatisme avec aliénation mentale ou d'automatisme sans aliénation mentale devrait être soumise à l'appréciation du jury.

130  
Le juge Brenner a conclu qu'aucune distinction ne pouvait être faite d'avec l'arrêt *R. c. MacLeod*

guishable. In *MacLeod*, the British Columbia Court of Appeal applied this Court's decision in *Rabey, supra*, holding that where the only possible cause of the accused's dissociative state was anxiety, an internal factor, the accused must have been suffering from a disease of the mind in the legal sense and accordingly only insane automatism should be left with the jury.

(1980), 52 C.C.C. (2d) 193 (C.A.C.-B.). Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait appliqué l'arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour pour conclure que, lorsque la seule cause possible de l'état de dissociation était l'anxiété, c'est-à-dire un facteur interne, il fallait que l'accusé ait souffert d'une maladie mentale au sens juridique, de sorte que seule la défense d'automatisme avec aliénation mentale devait être soumise à l'appréciation du jury.

131 Applying *MacLeod*, Brenner J. ruled that the only form of automatism available to the appellant was insane automatism. As a result, he instructed the jury on insane automatism, intention in relation to second degree murder and provocation. He then set out three possible verdicts open to the jury: not criminally responsible on account of mental disorder, guilty or not guilty of the offence of second degree murder, and guilty of the included offence of manslaughter. The jury found the appellant criminally responsible but not guilty of second degree murder. Brenner J. directed a verdict on the included offence of manslaughter.

Appliquant l'arrêt *MacLeod*, le juge Brenner a conclu que la seule forme d'automatisme que l'appelant pouvait invoquer était l'automatisme avec aliénation mentale. En conséquence, il a donné au jury des directives sur l'automatisme avec aliénation mentale, l'intention relative au meurtre au deuxième degré et la provocation. Il lui a ensuite cité trois verdicts possibles: non criminellement responsable pour cause de troubles mentaux, coupable ou non coupable de l'infraction de meurtre au deuxième degré, et coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Le jury a déclaré l'appelant criminellement responsable mais non coupable de meurtre au deuxième degré. Le juge Brenner a imposé un verdict de culpabilité de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable.

(2) Ruling on the Disclosure of the Defence Expert Report to the Crown

(2) La décision concernant la communication du rapport d'expert de la défense au ministère public

132 In opening remarks, counsel for the defence stated that the evidence which would be given by Dr. Janke, the defence psychiatrist, would support the defence of automatism. At the conclusion of the defence's opening remarks, the Crown requested production of a copy of the report prepared by Dr. Janke. The Crown submitted that it required the report to cross-examine the appellant on the statements he had made to Dr. Janke. According to the Crown, this was necessary in order to assist the jury in determining what weight to place on Dr. Janke's assessment. The defence denied the Crown's request claiming that it had no obligation to produce the report. However, the defence acknowledged that it would nevertheless supply the Crown with a copy of the report at the

Dans ses remarques préliminaires, l'avocat de la défense a déclaré que le témoignage du Dr Janke, psychiatre de la défense, étayerait le moyen de défense fondé sur l'automatisme. À la fin de ces remarques, le ministère public a demandé la production d'un exemplaire du rapport préparé par le Dr Janke. Il a soutenu qu'il en aurait besoin pour contre-interroger l'appelant au sujet de ses déclarations au Dr Janke. Il a ajouté que cela était nécessaire pour aider le jury à déterminer l'importance à accorder à l'évaluation du Dr Janke. La défense a rejeté la demande du ministère public sous prétexte qu'elle n'avait pas à produire ce rapport. Elle a cependant admis qu'elle lui en remettrait néan-

end of the appellant's testimony. The defence made no claim of privilege.

Brenner J. ordered the defence to produce Dr. Janke's report immediately stating that "the Crown ought to be in a position of being able to explore on cross-examination with the accused whatever statements Dr. Janke may or may not have relied upon in his report". The Crown relied on the report in its cross-examination of the appellant.

### (3) Sentencing

A sentencing hearing was held on December 1, 1995 before Brenner J. Defence counsel argued that a sentence of one to two years was appropriate, in addition to the 18 months the appellant had already spent in custody. The Crown suggested a sentence of 15 years to life imprisonment. The Crown agreed that the 18 months the appellant had already spent in custody had to be taken into account in determining an appropriate sentence.

Brenner J. began by noting that the jury had accepted the defence of provocation, and the appellant had accordingly been convicted of manslaughter rather than second degree murder. After reviewing the circumstances of the offence and the appellant's background, he concluded that the principle concern of this sentencing was general deterrence, specifically noting in particular that this was an offence of domestic violence.

Brenner J. was of the opinion that sentencing had to be assessed in light of the jury's acceptance of the defence of provocation, while still bearing in mind the brutality of the offence. After reviewing a number of cases, two of which he found particularly relevant — *R. v. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301, and *R. v. Eklund*, [1985] B.C.J. No. 2415 (QL) (C.A.) — Brenner J. sentenced the appellant to a further four years in jail, treating the

moins un exemplaire à la fin du témoignage de l'appellant. La défense n'a invoqué aucun privilège.

Le juge Brenner a ordonné à la défense de produire immédiatement le rapport du Dr Janke, en affirmant que [TRADUCTION] «le ministère public devrait être en mesure d'étudier, lors du contre-interrogatoire de l'accusé, toute déclaration sur laquelle le Dr Janke a pu ou non s'appuyer dans son rapport». Le ministère public s'est appuyé sur ce rapport pour contre-interroger l'appellant.

### (3) La détermination de la peine

L'audience relative à la détermination de la peine a eu lieu devant le juge Brenner le 1<sup>er</sup> décembre 1995. L'avocat de la défense a soutenu qu'il convenait d'infliger une peine d'une à deux années d'emprisonnement, en sus des 18 mois déjà purgés par l'appellant. Le ministère public a proposé une peine allant de 15 années à l'emprisonnement à vie. Il a convenu que les 18 mois déjà purgés par l'appellant devaient être pris en considération pour déterminer une peine appropriée.

Le juge Brenner a commencé par souligner que le jury avait accepté la défense de provocation, de sorte que l'appellant avait été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable au lieu de meurtre au deuxième degré. Après avoir examiné les circonstances de l'infraction et les antécédents de l'appellant, il a conclu que la dissuasion générale était le principal objectif de la détermination de la peine en l'espèce, faisant expressément remarquer qu'il s'agissait d'une infraction de violence familiale.

Selon le juge Brenner, la peine devait être déterminée en fonction de l'acceptation de la défense de provocation par le jury, mais compte tenu aussi de la brutalité de l'infraction commise. Après avoir analysé un certain nombre de précédents, parmi lesquels il en a jugé deux particulièrement pertinents — *R. c. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301, et *R. c. Eklund*, [1985] B.C.J. No. 2415 (QL) (C.A.) —, le juge Brenner a infligé à l'appellant une peine de quatre années supplémentaires d'emprisonnement, considérant que sa détention de

133

134

135

136

appellant's 18-month pre-trial custody as the equivalent of a three-year sentence.

B. *British Columbia Court of Appeal* — (1997), 86 B.C.A.C. 169 (Conviction) and (1997), 89 B.C.A.C. 139 (Sentencing)

(1) Should Non-Insane Automatism Have Been Left with the Jury?

137 McEachern C.J. (Cumming and Braidwood J.J.A. concurring) began by reviewing the facts. He then turned to the first ground of appeal: whether the trial judge had erred in failing to leave non-insane automatism to the jury.

138 McEachern C.J. reviewed the two-step process which must be followed by trial judges when dealing with claims of automatism. First, the judge must determine whether or not the accused has raised sufficient evidence to give the general defence of automatism an air of reality. Next, if this proper evidentiary foundation has been laid by the defence, the trial judge must determine whether insane or non-insane automatism should be left with the trier of fact. This entails determining whether or not the automatism stemmed from a disease of the mind. According to McEachern C.J., at p. 173, "the defence must identify evidence from which the jury could reasonably conclude that the dissociated state was not caused by a disease of the mind. If there is no such evidence, a dissociated state could only result from a disease of the mind."

139 After specifically commenting that the only explanation for the alleged automatism was the critical and insulting words of Donna Stone, McEachern C.J. cited this Court's decision in *Rabey, supra*, for the proposition that a violent reaction to psychological trauma is generally attributed to the actor's internal psychological make-up and thus characterized as a disease of the

18 mois antérieure au procès équivalait à une peine de trois ans.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 86 B.C.A.C. 169 (déclaration de culpabilité), et (1997), 89 B.C.A.C. 139 (détermination de la peine)

(1) L'automatisme sans aliénation mentale aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury?

Le juge en chef McEachern (avec l'appui des juges Cumming et Braidwood) a commencé par examiner les faits. Il a ensuite abordé le premier moyen d'appel: le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas à l'appréciation du jury l'automatisme sans aliénation mentale?

Le juge en chef McEachern a analysé la procédure en deux étapes que le juge du procès doit suivre lorsqu'il examine une allégation d'automatisme. D'abord, le juge doit se demander si l'accusé a présenté une preuve suffisante pour conférer une vraisemblance à la défense générale d'automatisme. Ensuite, si ces fondements ont été établis, le juge du procès doit décider s'il y a lieu de soumettre à l'appréciation du juge des faits la défense d'automatisme avec aliénation mentale ou la défense d'automatisme sans aliénation mentale, ce qui oblige à trancher la question de savoir si l'automatisme découlait ou non d'une maladie mentale. Selon le juge en chef McEachern, à la p. 173, [TRADUCTION] «la défense doit présenter une preuve qui permettrait au jury de conclure raisonnablement que l'état de dissociation n'a pas été causé par une maladie mentale. En l'absence d'une telle preuve, la dissociation ne pourrait être que le fruit d'une maladie mentale.»

Après avoir expressément indiqué que seules les critiques et les insultes de Donna Stone pouvaient expliquer l'état d'automatisme allégué, le juge en chef McEachern a cité l'arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour à l'appui de la proposition selon laquelle une réaction violente à un traumatisme psychologique est généralement attribuée à la propre constitution psychologique de l'acteur et est

mind, giving rise to a defence of insane, rather than non-insane, automatism.

McEachern C.J. then reviewed (at p. 175) this Court's decision in *Parks* and particularly the following words of La Forest J., at p. 902:

“. . . that the [internal cause] theory is really meant to be used only as an analytical tool, and not as an all-encompassing methodology. As Watt, J., commented in his reasons in support of his charge to the jury in this case, the dichotomy “constitutes a general, but not an unremitting or universal, classificatory scheme for ‘disease of the mind’”.”

McEachern C.J. concluded that La Forest J.'s comments in *Parks* must be read in light of the fact that that case involved sleepwalking, which gives rise to special considerations. He therefore rejected the argument that *Parks* could be cited as authority for the proposition that the trial judge erred in applying the *Rabey* internal cause theory to the facts of the present case. According to McEachern C.J., *Parks* simply recognizes that courts are justified in straying from the internal cause theory if the unique facts of a given case are not well suited to an analysis under that theory.

McEachern C.J. correctly noted that the jurisprudence surrounding “disease of the mind” has evolved beyond the strict application of the internal cause theory as dictated in *Rabey*. In particular, later authorities reveal that policy considerations are also to be taken into account in assessing whether or not automatism stems from a disease of the mind.

After assessing the relevant case law, McEachern C.J. was not satisfied that the trial judge erred in concluding that the internal cause theory was the best guide based on the bizarre facts of this case. Unlike *Parks*, there were no circumstances which required departure from this

ainsi qualifiée de maladie mentale, ce qui donne lieu à une défense d'automatisme avec aliénation mentale plutôt qu'à une défense d'automatisme sans aliénation mentale.

Le juge en chef McEachern a ensuite examiné (à la p. 175) l'arrêt *Parks* de notre Cour et, en particulier, les propos suivants du juge La Forest, à la p. 902:

« . . . on entend appliquer cette théorie [de la cause interne] simplement à titre d'instrument d'analyse, et non à titre de méthodologie universelle. Comme l'a souligné le juge Watt dans ses motifs à l'appui de son exposé au jury en l'espèce, la dichotomie [TRADUCTION] “constitue un régime général de classification de la ‘maladie mentale’ qui n'est toutefois ni constant ni universel”.»

Le juge en chef McEachern a conclu que les observations du juge La Forest dans *Parks* doivent être interprétées à la lumière du fait qu'il était question de somnambulisme dans cette affaire, ce qui fait intervenir des considérations particulières. Il a donc rejeté l'argument que l'arrêt *Parks* pouvait être cité à l'appui de la proposition selon laquelle le juge du procès a commis une erreur en appliquant aux faits de la présente affaire la théorie de la cause interne énoncée dans l'arrêt *Rabey*. Selon lui, l'arrêt *Parks* ne fait que reconnaître que les tribunaux ont raison de délaissier la théorie de la cause interne lorsque les faits exceptionnels d'une affaire donnée ne se prêtent pas à une analyse fondée sur cette théorie.

Le juge en chef McEachern a fait remarquer à juste titre que la jurisprudence en matière de «maladie mentale» avait évolué au-delà de l'application stricte de la théorie de la cause interne, prescrite dans *Rabey*. Il ressort notamment de la jurisprudence subséquente qu'il faut aussi tenir compte de considérations d'ordre public pour évaluer si l'automatisme découle d'une maladie mentale.

L'examen de la jurisprudence pertinente n'a pas convaincu le juge en chef McEachern que le juge du procès avait eu tort de conclure que la théorie de la cause interne constituait le meilleur guide d'analyse vu l'étrangeté des faits de la présente affaire. À la différence de l'affaire *Parks*, aucune

140

141

142

143

approach. Furthermore, there were valid reasons, including policy concerns, supporting the trial judge's decision to reject the expert evidence that the appellant was not suffering from a disease of the mind in a medical sense. There was no indication that the trial judge failed to consider these policy factors in deciding to leave only insane automatism to the jury, particularly since he had made his ruling at *nisi prius* where judges are not expected to articulate all of their reasons. To the contrary, the trial judge's reference to *Parks* indicated that he was aware of his duty to take policy considerations into account in assessing which species of automatism to leave with the jury.

144 McEachern C.J. concluded that the trial judge had carefully considered all of the evidence and was justified in deciding not to leave sane automatism with the jury. He thus refused to disturb that decision.

(2) Ordered Disclosure of Defence Expert Report to the Crown

145 McEachern C.J. (with Cumming and Braidwood J.J.A. concurring) began by reviewing the facts surrounding the disclosure, including the use the Crown made of Dr. Janke's report in its cross-examination of the appellant.

146 Relying on *R. v. Peruta* (1992), 78 C.C.C. (3d) 350, *sub nom. Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), and *Hodgkinson v. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), McEachern C.J. concluded that Dr. Janke's report was privileged under the rubric of solicitor's privilege. Despite the fact that the defence did not claim this privilege, the trial judge should have protected the privilege since the report might well have contained prejudicial information unrelated to automatism. McEachern C.J. therefore concluded that he must uphold this ground of appeal unless there was no substantial miscarriage of justice under

circonstance n'exigeait de s'écarter de cette théorie. De plus, des raisons valables, y compris des préoccupations d'ordre public, étayaient la décision du juge du procès de rejeter la preuve d'expert selon laquelle l'appelant ne souffrait pas d'une maladie mentale au sens médical. Rien n'indiquait que le juge du procès avait omis de tenir compte de ces facteurs d'ordre public pour décider de ne soumettre à l'appréciation du jury que la défense d'automatisme avec aliénation mentale, d'autant plus qu'il avait rendu sa décision à une étape du procès où l'on ne s'attend pas à ce que les juges exposent tous leurs motifs. Au contraire, le renvoi du juge du procès à l'arrêt *Parks* indiquait qu'il était conscient de son obligation de tenir compte de considérations d'ordre public pour déterminer quels types d'automatisme devaient être soumis à l'appréciation du jury.

Le juge en chef McEachern a conclu que le juge du procès avait examiné attentivement l'ensemble de la preuve et qu'il avait eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury l'automatisme sans aliénation mentale. Il a donc refusé de modifier cette décision.

(2) L'ordonnance de communication du rapport d'expert de la défense au ministère public

Le juge en chef McEachern (avec l'appui des juges Cumming et Braidwood) a commencé par examiner les faits entourant la communication du rapport du Dr Janke, notamment l'usage que le ministère public en avait fait en contre-interrogeant l'appelant.

Se fondant sur les arrêts *Brouillette c. R.*, [1992] R.J.Q. 2776 (C.A.), et *Hodgkinson c. Simms* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 (C.A.), le juge en chef McEachern a conclu que le rapport du Dr Janke était protégé par le secret professionnel de l'avocat. Même si la défense n'avait pas invoqué ce privilège, le juge du procès aurait dû l'appliquer étant donné que le rapport aurait bien pu contenir des renseignements préjudiciables n'ayant rien à avoir avec l'automatisme. Le juge en chef McEachern a donc conclu qu'il devait retenir ce moyen d'appel, à moins qu'il n'y ait eu absence d'erreur judiciaire grave au sens du

s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

In assessing whether there was no substantial miscarriage of justice, McEachern C.J. noted that the defence was entitled to change tactics and not call Dr. Janke despite its opening remarks. He also opined that a statement by counsel that a witness will be called does not constitute a waiver of privilege. However, the Crown was entitled to cross-examine the appellant on the statements he had made to Dr. Janke. According to McEachern C.J., if the defence refused to produce the report for this purpose, the Crown could stand the appellant down and resume its cross-examination after Dr. Janke had given evidence. After Dr. Janke was called, the Crown was entitled to a copy of his report because privilege of an expert report is waived when the expert takes the stand. Having examined the report and cross-examined Dr. Janke, if there was any discrepancy between the appellant's evidence and what the report indicates he said to the doctor, the Crown could resume its cross-examination of the appellant in order to question him about his previous inconsistent statement.

McEachern C.J. concluded that there was no substantial miscarriage of justice in the present case because the Crown could properly have achieved the same result using the more complicated procedure examined above. He therefore dismissed this ground of appeal.

### (3) Sentencing

The Crown had two primary grounds of appeal on the sentencing issue in the Court of Appeal. First, the Crown argued that the trial judge erred in considering provocation as a mitigating factor in sentencing after s. 232 of the *Code* had reduced a verdict of murder to one of manslaughter. Second, the Crown argued that the seven-year sentence

sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

En se demandant s'il y avait eu absence d'erreur judiciaire grave, le juge en chef McEachern a fait remarquer que la défense avait le droit de changer de stratégie et de ne pas faire témoigner le Dr Janke malgré ses remarques préliminaires. Il a ajouté que l'affirmation d'un avocat qu'un témoin sera entendu ne constitue pas une renonciation à un privilège. Cependant, le ministère public avait le droit de contre-interroger l'appelant sur les déclarations qu'il avait faites au Dr Janke. Selon le juge en chef McEachern, si la défense refusait de produire le rapport à cette fin, le ministère public pouvait interrompre le contre-interrogatoire de l'appelant et le reprendre après le témoignage du Dr Janke. Dès que le Dr Janke était appelé à la barre, le ministère public avait le droit d'obtenir un exemplaire de son rapport, car il y a renonciation à la protection du rapport d'expert quand l'expert se présente à la barre. Si l'analyse du rapport et le contre-interrogatoire du Dr Janke permettaient de constater une contradiction entre le témoignage de l'appelant et les déclarations qu'il avait faites au médecin selon le rapport, le ministère public pouvait reprendre son contre-interrogatoire de l'appelant pour le questionner au sujet de ses déclarations contradictoires antérieures.

Le juge en chef McEachern a conclu à l'absence d'erreur judiciaire grave en l'espèce, parce que le ministère public aurait pu arriver au même résultat en recourant à la procédure plus complexe susmentionnée. Il a donc rejeté ce moyen d'appel.

### (3) La détermination de la peine

Le ministère public a invoqué, en Cour d'appel, deux moyens principaux relativement à la question de la détermination de la peine. Premièrement, il a fait valoir que le juge du procès avait commis une erreur en considérant la provocation comme un facteur atténuant en matière de détermination de la peine, après que le verdict de meurtre eut été réduit à un verdict d'homicide involontaire coupable en vertu de l'art. 232 du *Code*. Deuxièmement, il a

147

148

149

imposed by the trial judge was clearly unreasonable.

150 Finch J.A. (Esson and Donald J.J.A. concurring) began by reviewing the circumstances of the offence, the psychiatric evidence and the appellant's background. He then cited this Court's decisions in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, and *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, on the standard of appellate review of sentencing.

151 Finch J.A. rejected the Crown's duplication argument with respect to provocation. He found that the trial judge was correct to consider provocation as a mitigating factor when sentencing the appellant. He reasoned that the provocation evidence was probative as to the appellant's state of mind at the time of the killing and as such was relevant to the issue of moral blameworthiness. According to Finch J.A., the consideration of this evidence, among all of the other relevant evidence, did not give the appellant a second or unfair benefit.

152 Finch J.A. concluded that the sentence was not clearly unreasonable. It adequately reflected the gravity of the offence and the moral culpability of the appellant. It was also within the range indicated by the case law. The Crown's sentence appeal was accordingly dismissed.

#### IV. Issues

- 153
1. Did the Court of Appeal err in upholding the decision of the learned trial judge to refuse to leave the "defence" of non-insane automatism to the jury?
  2. Did the Court of Appeal err in holding that there was no miscarriage of justice when the defence report of Dr. Janke was ordered disclosed to the Crown?
  3. (a) Did the Court of Appeal err in principle in deciding that the sentencing judge was

soutenu que la peine de sept ans infligée par le juge du procès était manifestement déraisonnable.

Le juge Finch (avec l'appui des juges Esson et Donald) a commencé par examiner les circonstances de l'infraction, la preuve psychiatrique et les antécédents de l'appelant. Il a ensuite cité les arrêts de notre Cour *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, et *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, relativement à la norme de contrôle de la sentence en appel.

Le juge Finch a rejeté l'argument du double emploi avancé par le ministère public relativement à la provocation. Il a conclu que le juge du procès avait eu raison de considérer la provocation comme un facteur atténuant au moment de déterminer la peine de l'appelant. Il a estimé que la preuve de provocation était probante quant à l'état d'esprit de l'appelant au moment de l'homicide, de sorte qu'elle était pertinente relativement à la question de sa culpabilité morale. Selon lui, l'examen de cet élément tiré de l'ensemble de la preuve pertinente n'avait pas conféré à l'appelant un avantage supplémentaire ou inéquitable.

Le juge Finch a décidé que la peine n'était pas manifestement déraisonnable. Elle reflétait adéquatement la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de l'appelant. Elle respectait en outre les limites fixées par la jurisprudence. En conséquence, l'appel du ministère public relativement à la peine a été rejeté.

#### IV. Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de refuser de soumettre à l'appréciation du jury la «défense» d'automatisme sans aliénation mentale?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'aucune erreur judiciaire n'a été commise lorsque la communication au ministère public du rapport préparé pour la défense par le Dr Janke a été ordonnée?
3. a) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de principe en décidant que le juge

entitled to consider provocation as a mitigating factor for manslaughter where the same provocation, through the operation of s. 232 of the *Criminal Code* had already reduced the stigma and penalty of an intentional killing from murder to manslaughter?

- (b) Did the Court of Appeal err in upholding a demonstrably unfit sentence that failed to reflect the gravity of the offence properly and the moral culpability of the offender?

#### V. Relevant Statutory Provisions

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

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing it was wrong.

(2) Every person is presumed not to suffer from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection (1), until the contrary is proved on the balance of probabilities.

(3) The burden of proof that an accused was suffering from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility is on the party that raises the issue.

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

qui a infligé la peine pouvait considérer la provocation comme un facteur atténuant relativement à l'homicide involontaire coupable, alors que cette même provocation avait déjà permis, en vertu de l'art. 232 du *Code criminel*, de réduire de meurtre à homicide involontaire coupable le stigmate et la sanction liés à un homicide volontaire?

- (b) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant une peine manifestement inappropriée qui ne reflétait pas correctement la gravité de l'infraction ni la culpabilité morale de son auteur?

#### V. Les dispositions législatives pertinentes

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

16. (1) La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

(2) Chacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle sous le régime du paragraphe (1); cette présomption peut toutefois être renversée, la preuve des troubles mentaux se faisant par prépondérance des probabilités.

(3) La partie qui entend démontrer que l'accusé était affecté de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle a la charge de le prouver.

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir:

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

**687.** (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal.

**718.2** A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child . . .

shall be deemed to be aggravating circumstances;

### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

**687.** (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel.

**718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

## VI. Analysis

1. Did the Court of Appeal err in upholding the decision of the learned trial judge to refuse to leave the “defence” of non-insane automatism to the jury?

### A. *The Nature of Automatism*

The legal term “automatism” has been defined on many occasions by many courts. In *Rabey*, *supra*, Ritchie J., speaking for the majority of this Court, at p. 518, adopted the following definition of the Ontario High Court of Justice in *R. v. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84, at p. 84:

Automatism is a term used to describe unconscious, involuntary behaviour, the state of a person who, though capable of action is not conscious of what he is doing. It means an unconscious involuntary act where the mind does not go with what is being done.

The reference to unconsciousness in the definition of automatism has been the source of some criticism. In her article “Automatism and Criminal Responsibility” (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 95, W. H. Holland points out that this reference to unconsciousness reveals that the law assumes that a person is necessarily either conscious or unconscious. However, the medical literature speaks of different levels of consciousness (p. 96). Indeed, the expert evidence in the present case reveals that medically speaking, “unconscious” means “flat on the floor”, that is, in a comatose-type state. I therefore prefer to define automatism as a state of impaired consciousness, rather than unconscious-

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

## VI. Analyse

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de refuser de soumettre à l'appréciation du jury la «défense» d'automatisme sans aliénation mentale?

### A. *La nature de l'automatisme*

Le terme juridique «automatisme» a été défini à maintes reprises par de nombreux tribunaux. Dans l'arrêt *Rabey*, précité, à la p. 518, le juge Ritchie, s'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, a adopté la définition suivante donnée par la Haute Cour de justice de l'Ontario dans *R. c. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84, à la p. 84:

[TRADUCTION] L'automatisme désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. Il désigne un acte inconscient et involontaire, où l'esprit ne sait pas ce qui se produit.

La mention de la perte de conscience dans la définition de l'automatisme a suscité certaines critiques. Dans son article intitulé «Automatism and Criminal Responsibility» (1982-83), 25 *Crim. L.Q.* 95, W. H. Holland signale que cette mention indique que le droit présume qu'une personne est nécessairement consciente ou inconsciente. Cependant, les publications médicales parlent de différents degrés de conscience (p. 96). En fait, la preuve d'expert soumise en l'espèce révèle que, du point de vue médical, «inconscient» signifie [TRADUCTION] «être étendu complètement sur le sol», c'est-à-dire être dans un état de type comateux. Je préfère donc définir l'automatisme

ness, in which an individual, though capable of action, has no voluntary control over that action.

157 Two forms of automatism are recognized at law: insane automatism and non-insane automatism. Involuntary action which does not stem from a disease of the mind gives rise to a claim of non-insane automatism. If successful, a claim of non-insane automatism entitles the accused to an acquittal. In *Parks, supra*, La Forest J. cited with approval, at p. 896, the following words of Dickson J. speaking in dissent in *Rabey, supra*, at p. 522:

Although the word "automatism" made its way but lately to the legal stage, it is basic principle that absence of volition in respect of the act involved is always a defence to a crime. A defence that the act is involuntary entitles the accused to a complete and unqualified acquittal. That the defence of automatism exists as a middle ground between criminal responsibility and legal insanity is beyond question.

158 On the other hand, involuntary action which is found, at law, to result from a disease of the mind gives rise to a claim of insane automatism. It has long been recognized that insane automatism is subsumed by the defence of mental disorder, formerly referred to as the defence of insanity. For example, in *Rabey, supra*, Ritchie J. adopted the reasoning of Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Rabey* (1977), 17 O.R. (2d) 1, Martin J.A. stated, at p. 12:

Automatism caused by disease of the mind is subsumed under the defence of insanity leading to the special verdict of not guilty on account of insanity, whereas automatism not resulting from disease of the mind leads to an absolute acquittal. . . .

159 Likewise, in dissent in *Rabey* (S.C.C.), Dickson J. noted, at p. 524:

comme étant un état de conscience diminué, plutôt qu'une perte de conscience, dans lequel la personne, quoique capable d'agir, n'a pas la maîtrise de ses actes.

Le droit reconnaît deux formes d'automatisme: l'automatisme avec aliénation mentale et l'automatisme sans aliénation mentale. L'acte involontaire qui n'est pas le fruit d'une maladie mentale donne ouverture à la défense d'automatisme sans aliénation mentale. Si ce moyen de défense est retenu, l'accusé a droit à l'acquiescement. Dans l'arrêt *Parks*, précité, à la p. 896, le juge La Forest cite, en l'approuvant, l'extrait suivant des motifs de dissidence du juge Dickson dans *Rabey*, précité, à la p. 522:

Malgré l'introduction tardive du terme «automatisme» dans le domaine juridique, il demeure un principe fondamental que l'absence de volonté à l'égard de l'acte visé constitue toujours un moyen de défense à un acte criminel. Alléguer en défense que l'acte est involontaire donne à l'accusé le droit d'être complètement et inconditionnellement acquitté. Il ne fait aucun doute que la défense fondée sur l'automatisme constitue un moyen terme entre la responsabilité criminelle et l'aliénation mentale au sens de la loi.

Par ailleurs, l'acte involontaire qui, en droit, est jugé résulter d'une maladie mentale donne ouverture à la défense d'automatisme avec aliénation mentale. Il est reconnu depuis longtemps que ce moyen est subsumé sous la défense des troubles mentaux auparavant appelée «défense d'aliénation mentale». Par exemple, dans *Rabey*, précité, le juge Ritchie a adopté le raisonnement du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans *R. c. Rabey* (1977), 17 O.R. (2d) 1, le juge Martin affirme, à la p. 12:

[TRADUCTION] L'automatisme causé par une maladie mentale est subsumé sous la défense d'aliénation mentale, qui mène au verdict particulier de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, tandis que l'automatisme ne résultant pas d'une maladie mentale mène à l'acquiescement absolu ou pur et simple . . .

De même, dans l'arrêt *Rabey* (C.S.C.), le juge Dickson, dissident, fait remarquer ce qui suit, à la p. 524:

Automatism may be subsumed in the defence of insanity in cases in which the unconscious action of an accused can be traced to, or rooted in, a disease of the mind. Where that is so, the defence of insanity prevails.

More recently, in *Parks, supra*, La Forest J. confirmed that insane automatism falls within the scope of the defence of mental disorder as set out in s. 16 of the *Code* when he noted that where automatism stems from a disease of the mind, the accused is entitled to a verdict of insanity rather than an acquittal (p. 896). See also *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1321. This classification is consistent with the wording of s. 16, which makes no distinction between voluntary and involuntary acts. Furthermore, the inclusion of mental disorder automatism within the ambit of s. 16 provides courts with an appropriate framework for protecting the public from offenders whose involuntarily criminal acts are rooted in diseases of the mind. Courts in other commonwealth countries have also recognized that insane automatism is subsumed by the defence of mental disorder or insanity. See for example *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), at pp. 410 and 414; *R. v. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244 (H.C.), at pp. 255-56, 265 and 273-74; *R. v. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, at p. 1007.

Accordingly, a successful claim of insane automatism will trigger s. 16 of the *Code* and result in a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder. Thus, although courts to date have spoken of insane "automatism" and non-insane "automatism" for purposes of consistency, it is important to recognize that in actuality true "automatism" only includes involuntary behaviour which does not stem from a disease of the mind. Involuntary behaviour which results from a disease of the mind is more correctly labelled a s. 16 mental disorder rather than insane automatism. For purposes of consistency, I will continue to refer to both as "automatism". However, I believe the terms "mental disorder" automatism and "non-mental disorder" automatism rather than

Dans le cadre d'une défense fondée sur l'aliénation mentale, l'automatisme peut être subsumé dans les cas où l'action inconsciente de l'accusé provient ou tire son origine d'une maladie mentale. Dans un tel cas, la défense d'aliénation mentale prévaut.

Plus récemment, dans l'arrêt *Parks*, précité, le juge La Forest a confirmé que l'automatisme avec aliénation mentale relève de la défense de troubles mentaux énoncée à l'art. 16 du *Code*, lorsqu'il a souligné que, dans le cas où l'automatisme découle d'une maladie mentale, l'accusé a droit à un verdict d'aliénation mentale plutôt qu'à l'acquiescement (p. 896). Voir également *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1321. Cette classification est conforme au libellé de l'art. 16 qui n'établit aucune distinction entre les actes volontaires et les actes involontaires. En outre, l'inclusion de l'automatisme avec troubles mentaux dans le champ d'application de l'art. 16 fournit aux tribunaux un cadre adéquat pour protéger le public contre les contrevenants dont les actes criminels involontaires résultent d'une maladie mentale. Les tribunaux d'autres pays du Commonwealth ont aussi reconnu que l'automatisme avec aliénation mentale est subsumé sous la défense de troubles mentaux ou d'aliénation mentale. Voir, par exemple, *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), aux pp. 410 et 414; *R. c. Falconer* (1990), 50 A. Crim. R. 244 (H.C.), aux pp. 255 et 256, 265, 273 et 274; *R. c. Cottle*, [1958] N.Z.L.R. 999, à la p. 1007.

En conséquence, lorsque la défense d'automatisme avec aliénation mentale est retenue, l'art. 16 du *Code* s'applique et un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux est rendu. Donc, même si, jusqu'à maintenant, les tribunaux ont parlé d'«automatisme» avec aliénation mentale et d'«automatisme» sans aliénation mentale pour des raisons d'uniformité, il importe de reconnaître qu'en réalité le véritable «automatisme» vise uniquement le comportement involontaire qui ne découle pas d'une maladie mentale. Le comportement involontaire résultant d'une maladie mentale est qualifié à plus juste titre de trouble mental au sens de l'art. 16 que d'automatisme avec aliénation mentale. Pour des raisons d'uniformité, je vais continuer de qualifier les deux d'«automa-

160

161

“insane” automatism and “non-insane” automatism more accurately reflect the recent changes to s. 16 of the *Code*, and the addition of Part XX.1 of the *Code*.

*B. Establishing a Single Approach to all Cases Involving Claims of Automatism*

162 Automatism may arise in different contexts. For example, in *Parks, supra*, this Court dealt with a claim of automatism attributed to a state of somnambulism. In *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63, this Court addressed extreme intoxication akin to a state of automatism. In the present case, the appellant claims that nothing more than his wife’s words caused him to enter an automatistic state. This type of claim has become known as “psychological blow” automatism. Automatism attributed to a psychological blow was at the centre of this Court’s decision in *Rabey, supra*.

163 The application of different legal tests for automatism dependent on the context in which the alleged automatism arose is a problem because there may be cases in which the facts simply are not conducive to such strict categorization. Cases involving disputes over the cause of the alleged automatism come to mind. The solution to this problem is, of course, to develop a general test applicable to all cases involving claims of automatism. This I will do in these reasons. I therefore emphasize that the following analysis is meant to apply to all claims of automatism and not simply to cases of “psychological blow” automatism. In my opinion, the most effective general test will incorporate various elements of this Court’s most recent statements on automatistic-like behaviour; see *Daviault, Parks* and *Rabey*.

164 In *Parks, supra*, La Forest J. set out two discrete tasks which trial judges must undertake in determining whether automatism should be left with the

tisme». Toutefois, je crois que les expressions automatisme «avec troubles mentaux» et automatisme «sans troubles mentaux» reflètent mieux les modifications récentes de l’art. 16 du *Code* et l’ajout de la partie XX.1 du *Code*, que les expressions automatisme «avec aliénation mentale» et automatisme «sans aliénation mentale».

*B. L’établissement d’une seule méthode applicable à toutes les affaires où l’automatisme est allégué*

L’automatisme peut survenir dans différents contextes. Par exemple, dans *Parks*, précité, notre Cour était saisie d’une allégation d’automatisme imputable à un état de somnambulisme. Dans *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, notre Cour a examiné la question de l’intoxication extrême s’apparentant à un état d’automatisme. Dans la présente affaire, l’appelant soutient que les seules paroles de son épouse l’ont plongé dans un état d’automatisme. Cet argument est connu sous le nom d’automatisme «provoqué par un choc psychologique». Cette forme d’automatisme était au cœur de l’arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour.

L’application de critères juridiques d’automatisme qui diffèrent selon le contexte dans lequel serait survenu l’automatisme pose un problème, car il peut y avoir des cas où les faits ne se prêtent tout simplement pas à une classification aussi rigoureuse. On peut penser au cas où l’on ne s’entend pas sur la cause de l’automatisme allégué. Il est évident que la solution de ce problème consiste à établir un critère général applicable à toutes les affaires où l’automatisme est allégué. C’est ce que je vais faire dans les présents motifs. Je souligne donc que l’analyse qui suit devrait s’appliquer à toute allégation d’automatisme, et non seulement aux cas où l’automatisme «provoqué par un choc psychologique» est allégué. À mon avis, le critère général le plus efficace comportera divers éléments des énoncés les plus récents de notre Cour sur le comportement apparenté à l’automatisme: voir *Daviault, Parks* et *Rabey*.

Dans l’arrêt *Parks*, précité, le juge La Forest a énoncé deux tâches distinctes que le juge du procès doit remplir pour décider s’il y a lieu de soumettre

trier of fact. First, he or she must assess whether a proper foundation for a defence of automatism has been established. As I will explain below, establishing a proper foundation for automatism is the equivalent of satisfying the evidentiary burden for this defence. The mere assertion of involuntariness will not suffice. If a proper evidentiary foundation has been established, the trial judge must next determine whether the condition alleged by the accused is mental disorder or non-mental disorder automatism (p. 897).

In my opinion, the functionality of such a two-step framework is apparent and warrants making such an approach generally applicable to all cases involving claims of automatism. However, this framework only provides a starting point from which to develop a general legal approach to automatism. I will now clarify the particulars of the legal analysis which must be undertaken at each of the framework's two stages.

*C. Step 1: Establishing a Proper Foundation for a Defence of Automatism*

A review of the case law reveals that courts, including this Court, have provided little guidance about exactly what an accused must do to establish a proper foundation for a defence of automatism. Frequently, this stage of the judicial two-step analysis consists of nothing more than a remark that there is sufficient evidence on the record. By far the majority of judicial attention has concentrated on the second stage of the automatism analysis, that is, whether the defence of mental disorder or non-mental disorder automatism should be left with the trier of fact. In my opinion, this Court must provide trial judges with more detail about the required elements of a proper foundation for a defence of automatism. First, however, it is necessary to review how the proper foundation requirement fits into the general structure of our criminal law.

As mentioned above, establishing a proper foundation for automatism is the equivalent of satisfying the evidentiary burden for this defence. In *The*

l'automatisme à l'appréciation du juge des faits. Premièrement, le juge du procès doit déterminer si les fondements d'une défense d'automatisme ont été établis. Comme je vais l'expliquer plus loin, établir les fondements de l'automatisme revient à s'acquitter de la charge de présentation applicable à ce moyen de défense. Une simple allégation de caractère involontaire ne suffira pas. Une fois les fondements établis, le juge du procès doit ensuite déterminer si l'état allégué par l'accusé constitue un automatisme avec ou sans troubles mentaux (p. 897).

Selon moi, le caractère pratique de cette procédure en deux étapes est évident et justifie d'en étendre l'application à toute affaire où l'automatisme est allégué. Cette procédure ne représente cependant qu'un point de départ pour établir une façon générale, en droit, d'aborder l'automatisme. Je vais maintenant donner les détails de l'analyse juridique qui doit être entreprise à chacune des étapes de la procédure.

*C. Première étape: établir les fondements de la défense d'automatisme*

Il ressort de la jurisprudence que les tribunaux, y compris notre Cour, ont fourni peu d'indications sur ce qu'un accusé doit faire exactement pour établir les fondements d'une défense d'automatisme. Souvent, à cette étape de l'analyse à deux volets, les tribunaux se contentent de faire observer que le dossier renferme une preuve suffisante. Ceux-ci ont accordé beaucoup plus d'attention à la deuxième étape de l'analyse de l'automatisme, c'est-à-dire à la question de savoir s'il y a lieu de soumettre la défense d'automatisme avec ou sans troubles mentaux à l'appréciation du juge des faits. J'estime que notre Cour doit fournir au juge du procès plus de détails sur les éléments requis pour établir les fondements d'une défense d'automatisme. En premier lieu, toutefois, il est nécessaire d'examiner comment l'exigence de l'établissement des fondements s'inscrit dans le cadre général de notre droit criminel.

Tel que mentionné plus haut, établir les fondements de l'automatisme revient à s'acquitter de la charge de présentation applicable à ce moyen

165

166

167

*Law of Evidence in Canada* (1992), J. Sopinka, S. Lederman and A. Bryant distinguish the evidentiary burden from the legal burden as follows, at p. 53:

The term “burden of proof” is used to describe two distinct concepts relating to the obligation of a party to a proceeding in connection with the proof of a case. In its first sense, the term refers to the obligation imposed on a party to prove or disprove a fact or issue. In the second sense, it refers to a party’s obligation to adduce evidence satisfactorily to the judge, in order to raise an issue.

168

The first sense of the term “burden of proof” suggested by Sopinka, Lederman and Bryant is referred to as the legal or ultimate burden, while the second is known as the evidentiary burden (p. 54). The first, or proper foundation, stage of the automatism analysis sets out what an accused must do to satisfy the evidentiary burden for automatism. As I will discuss below, this burden is directly related to the nature of the legal burden connected with automatism. Whether the accused has satisfied its evidentiary burden is a question of mixed law and fact for the trial judge. It should be noted that, until recently, this determination was considered to be a question of law: see *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 35 and 36. In determining whether the evidentiary burden has been satisfied, the trial judge must assess the evidence before the court. According to Viscount Kilmuir in *Bratty, supra*, at p. 406:

...for a defence of automatism to be “genuinely raised in a genuine fashion”, there must be evidence on which a jury could find that a state of automatism exists. By this I mean that the defence must be able to point to some evidence, whether it emanates from their own or the Crown’s witnesses, from which the jury could reasonably infer that the accused acted in a state of

de défense. Dans leur ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada* (1992), J. Sopinka, S. Lederman et A. Bryant établissent la distinction suivante entre la charge de présentation et la charge de persuasion (à la p. 53):

[TRADUCTION] L’expression «charge de preuve» sert à décrire deux notions distinctes concernant l’obligation en matière de preuve qui incombe à une partie à des procédures. Prise dans son premier sens, l’expression désigne l’obligation d’une partie de prouver ou de réfuter un fait ou un point litigieux. Dans son deuxième sens, elle désigne l’obligation d’une partie de présenter une preuve de manière satisfaisante au juge, afin de soulever un point litigieux.

Dans le premier sens que lui donnent Sopinka, Lederman et Bryant, l’expression «charge de preuve» est connue sous le nom de charge de persuasion ou charge ultime, alors que, dans son deuxième sens, elle est connue sous le nom de charge de présentation (p. 54). La première étape de l’analyse de l’automatisme, celle de l’établissement des fondements, désigne ce qu’un accusé doit faire pour s’acquitter de la charge de présentation relative à l’automatisme. Comme nous le verrons plus loin, cette charge est directement liée à la nature de la charge de persuasion en matière d’automatisme. La question de savoir si l’accusé s’est acquitté de la charge de présentation qui lui incombe est une question mixte de droit et de fait qu’il appartient au juge du procès de trancher. Il y a lieu de noter que, jusqu’à récemment, cette question était considérée comme une question de droit seulement: voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, aux par. 35 et 36. Pour déterminer si l’on s’est acquitté de la charge de présentation, le juge du procès doit donc évaluer la preuve dont le tribunal est saisi. Selon le vicomte Kilmuir, dans *Bratty*, précité, à la p. 406:

[TRADUCTION] ... pour qu’une défense d’automatisme soit «invoquée à juste titre», il doit y avoir une preuve qui permettrait à un jury de conclure à l’existence d’un état d’automatisme. J’entends, par là, que la défense doit pouvoir signaler des éléments de preuve, émanant de ses propres témoins ou de ceux du ministère public, qui permettraient au jury de conclure raisonnablement à

automatism. Whether or not there is such evidence is a matter of law for the judge to decide.

D. *Nature and Origin of the Burdens Applied in Cases Involving Claims of Automatism*

This Court has stated on many occasions that it is a fundamental principle of criminal law that only voluntary actions will attract findings of guilt. See for example *Daviault*, *supra*, at pp. 74-75, *per* Cory J.; *Rabey* (S.C.C.), *supra*, at pp. 522 and 545, *per* Dickson J.; *Parks*, *supra*, at p. 896, *per* La Forest J.; *Rabey* (Ont. C.A.), *supra*, *per* Martin J.A., at p. 24, adopted by Ritchie J. In *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, McLachlin J. classified voluntariness as the mental element of the *actus reus* of a crime (p. 17). In *Daviault*, Cory J. also recognized that voluntariness may be linked to the *actus reus* (p. 102). See also *Chaulk*, *supra*, at p. 1321, *per* Lamer C.J.

In *Parks*, *supra*, La Forest J. classified automatism as a sub-set of the voluntariness requirement, which he too recognized as part of the *actus reus* component of criminal responsibility (p. 896). I agree and would add that voluntariness, rather than consciousness, is the key legal element of automatic behaviour since a defence of automatism amounts to a denial of the voluntariness component of the *actus reus*.

The law presumes that people act voluntarily. Accordingly, since a defence of automatism amounts to a claim that one's actions were not voluntary, the accused must rebut the presumption of voluntariness. An evidentiary burden is thereby imposed on the accused. The nature of this evidentiary burden stems from the legal burden imposed in cases involving claims of automatism. Generally, the legal burden in such cases has been on the Crown to prove voluntariness, a component of the *actus reus*, beyond a reasonable doubt — hence Dickson J.'s contention in *Rabey* that an accused

l'existence d'un état d'automatisme. La question de savoir si de tels éléments de preuve existent est une question de droit qu'il incombe au juge de trancher.

D. *Nature et origine des charges de preuve applicables dans les cas où l'automatisme est allégué*

Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que, selon un principe fondamental de notre droit criminel, seul l'acte volontaire justifie une déclaration de culpabilité. Voir, par exemple, *Daviault*, précité, aux pp. 74 et 75, le juge Cory; *Rabey* (C.S.C.), précité, aux pp. 522 et 545, le juge Dickson; *Parks*, précité, à la p. 896, le juge La Forest; *Rabey* (C.A. Ont.), précité, le juge Martin, à la p. 24, dont les propos ont été adoptés par le juge Ritchie. Dans *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, le juge McLachlin a qualifié le caractère volontaire d'élément moral de l'*actus reus* d'un crime (p. 17). Dans *Daviault*, le juge Cory a lui aussi reconnu que le caractère volontaire peut être lié à l'*actus reus* (p. 102). Voir également *Chaulk*, précité, à la p. 1321, le juge en chef Lamer.

Dans l'arrêt *Parks*, précité, le juge La Forest a qualifié l'automatisme de composante de l'exigence de caractère volontaire, qui, également selon lui, fait elle-même partie de l'élément *actus reus* de la responsabilité criminelle (p. 896). Je partage cet avis et j'ajouterais que c'est le caractère volontaire, et non la conscience, qui constitue l'élément juridique principal du comportement automatique, puisqu'une défense d'automatisme revient à nier l'existence de la composante de l'*actus reus*, qu'est le caractère volontaire.

Le droit presume que les gens agissent volontairement. En conséquence, étant donné que la défense d'automatisme revient à prétendre qu'un acte n'était pas volontaire, l'accusé doit réfuter la présomption de caractère volontaire. L'accusé se voit, de ce fait, imposer une charge de présentation dont la nature dépend de la charge de persuasion requise dans les cas où l'automatisme est allégué. Dans ces cas, la charge de persuasion incombe généralement au ministère public qui doit alors prouver hors de tout doute raisonnable l'existence du caractère volontaire, qui est un élément de

169

170

171

claiming automatism need only raise evidence sufficient to permit a properly instructed jury to find a reasonable doubt as to voluntariness in order to rebut the presumption of voluntariness. The Crown then has the legal burden of proving voluntariness beyond a reasonable doubt to the trier of fact. If the Crown fails to satisfy this burden, the accused will be acquitted.

*l'actus reus*, d'où l'affirmation du juge Dickson, dans *Rabey*, que, pour réfuter la présomption de caractère volontaire, l'accusé qui allègue l'automatisme a seulement besoin de présenter une preuve suffisante pour permettre à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure à l'existence d'un doute raisonnable. La charge de persuasion qui incombe alors au ministère public consiste à prouver hors de tout doute raisonnable au juge des faits l'existence du caractère volontaire. L'accusé sera acquitté si le ministère public ne s'acquitte pas de cette charge.

172 My colleague, Justice Binnie, relies heavily on Dickson J.'s approach to the nature of the burdens in cases involving claims of automatism. I do not agree that the reasons of Dickson J. provide justification for the refusal to review the appropriateness of these burdens on their merits in the present appeal. Furthermore, I must respectfully disagree with my colleague regarding the treatment of Dickson J.'s views on this point by La Forest J. in *Parks*. I note that in *Parks* the appropriateness of the evidentiary burden on the defence at the proper foundation stage was not directly at issue before this Court. As a result, La Forest J. did not find it necessary to assess the precise nature of either of the burdens of proof as set out by Dickson J. in *Rabey*.

Mon collègue le juge Binnie se fonde considérablement sur l'interprétation du juge Dickson quant à la nature des charges de preuve applicables dans les cas où l'automatisme est allégué. Je ne suis pas d'accord pour dire que les motifs du juge Dickson justifient le refus d'examiner l'opportunité d'imposer ces charges en fonction de leur bien-fondé dans le présent pourvoi. De plus, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec mon collègue en ce qui concerne la façon dont le juge La Forest traite, dans *Parks*, le point de vue du juge Dickson à cet égard. Je souligne que, dans *Parks*, l'opportunité d'imposer la charge de présentation à la défense, à l'étape de l'établissement des fondements, n'était pas directement en cause devant notre Cour. C'est pourquoi le juge La Forest n'a pas estimé nécessaire de déterminer la nature précise de l'une ou l'autre des charges de preuve énoncées par le juge Dickson dans *Rabey*.

E. *What Should the Burdens of Proof Associated with Automatism Be?*

E. *Quelles devraient être les charges de preuve applicables à l'automatisme?*

173 The relationship between the burdens associated with automatism dictates that any change in the legal burden of automatism will necessarily result in a change to the evidentiary or proper foundation burden associated with this defence. The evidentiary burden will relate either to evidence sufficient to establish voluntariness beyond a reasonable doubt, as suggested by Binnie J., or, as set out below, to evidence sufficient to establish involuntariness on a balance of probabilities. In my opinion, a review of the legal burden applicable in cases involving claims of automatism is in order. My colleague Binnie J. is of the view that this

En raison du lien qui existe entre les charges de preuve applicables à l'automatisme, tout changement de la charge de persuasion liée à l'automatisme entraîne nécessairement un changement de la charge de présentation ou d'établissement des fondements liée à ce moyen de défense. La charge de présentation consistera à produire soit une preuve suffisante pour établir le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable, comme le propose le juge Binnie, soit, comme nous le verrons plus loin, une preuve suffisante pour établir le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités. À mon avis, un examen de la charge de

Court ought not review either the legal or the evidentiary burden set out in the dissenting reasons of Dickson J. in *Rabey*. In support of this position, Binnie J. argues that neither the respondent nor any of the intervening Attorneys General requested such a review. With respect, I disagree. In its written submissions, the respondent invited this Court to reconsider the trial judge's finding that there was a proper foundation for automatism. The respondent also requested that this Court make the proper foundation stage of the automatism analysis more stringent. As explained above, an assessment of an evidentiary or proper foundation burden cannot be undertaken without reference to the related legal burden.

In her 1993 *Proposals to amend the Criminal Code (general principles)*, the Minister of Justice recommended that the legal burden of proof in all cases of automatism be on the party that raises the issue on a balance of probabilities. This is the same legal burden that this Court applied to a claim of extreme intoxication akin to a state of automatism in *Daviault, supra*. It is also the legal burden Parliament assigned to the defence of mental disorder in s. 16 of the *Code*, which, as mentioned above, is equally applicable to voluntary and involuntary actions stemming from a disease of the mind and therefore applies to mental disorder automatism. As I explained above, different legal approaches to claims of automatism, whether based on the context in which the alleged automatism arose or on the distinction between mental disorder and non-mental disorder automatism, is problematic and should be avoided. Indeed, counsel for the appellant in the present case recognized as much in oral argument before this Court:

No, I think that the — the conflict arises in a slightly different situation, which I'm going to come to in a

persuasion applicable dans les cas où l'automatisme est allégué s'impose. Mon collègue le juge Binnie estime que notre Cour ne devrait pas examiner la charge de persuasion ou la charge de présentation énoncées dans les motifs dissidents du juge Dickson dans *Rabey*. Le juge Binnie affirme, à l'appui de ce point de vue, que ni l'intimée ni les procureurs généraux intervenants n'ont sollicité un tel examen. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Dans son argumentation écrite, l'intimée invite notre Cour à reconsidérer la conclusion du juge du procès que la défense d'automatisme était fondée. Elle a aussi demandé à notre Cour de rendre plus stricte l'étape de l'analyse de l'automatisme consistant à établir les fondements de cette défense. Comme nous l'avons vu, on ne saurait entreprendre la détermination de la nature d'une charge de présentation ou d'établissement des fondements indépendamment de la charge de persuasion connexe.

Dans sa *Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)* de 1993, le ministre de la Justice a recommandé que, dans tous les cas, la charge de persuasion selon la prépondérance des probabilités incombe à la partie qui invoque l'automatisme. C'est cette même charge de persuasion que notre Cour a appliquée à une allégation d'intoxication extrême s'apparentant à un état d'automatisme, dans *Daviault, précité*. C'est également la charge de persuasion que le législateur a imposée relativement à la défense de troubles mentaux prévue à l'art. 16 du *Code*, qui, nous l'avons vu, s'applique également aux actes volontaires et involontaires découlant d'une maladie mentale, et donc à l'automatisme avec troubles mentaux. Comme je l'ai expliqué plus haut, le recours, sur le plan juridique, à différentes façons d'aborder les allégations d'automatisme, peu importe qu'elles reposent sur le contexte dans lequel l'automatisme allégué est survenu ou sur la distinction entre l'automatisme avec troubles mentaux et l'automatisme sans troubles mentaux, pose un problème et devrait être évité. C'est, en fait, ce que l'avocat de l'appelant en l'espèce a reconnu dans sa plaidoirie devant notre Cour:

[TRADUCTION] Non, je crois que le — le conflit survient dans une situation légèrement différente, à laquelle

moment, and that is that, when one deals with insanity, the evidentiary burden is upon the accused to establish that on the balance of probabilities.

When one comes now, pursuant to this Court's decision in *Daviault*, to drunkenness akin to automatism, again, the onus is upon the accused, and the evidentiary burden as well.

Whereas in non-insane automatism, the onus simply is upon the defence to raise it and for the Crown to then disprove it beyond a reasonable doubt in essence.

So that is where I concede that there is a contradiction and that there may be some merit in having the same test and the same process applied to each of the different kinds of mental disorder, to use the term loosely.

175 An appropriate legal burden applicable to all cases involving claims of automatism must reflect the policy concerns which surround claims of automatism. The words of Schroeder J.A. in *R. v. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602 (C.A.), at p. 608, come to mind:

... a defence which in a true and proper case may be the only one open to an honest man, but it may just as readily be the last refuge of a scoundrel.

176 The recognition that policy considerations are relevant is nothing new to this area of criminal law. In *Rabey* (Ont. C.A.), *supra*, Martin J.A., whose reasons were adopted by the majority of this Court, recognized that the term "disease of the mind" contains both a medical component and legal or policy component (p. 12). Dickson J., dissenting in *Rabey* (S.C.C.), noted, at p. 546, that specific policy considerations were involved in determining whether a claim of automatism should be categorized as mental disorder or non-mental disorder:

There are undoubtedly policy considerations to be considered. Automatism as a defence is easily feigned. It is said the credibility of our criminal justice system will be severely strained if a person who has committed a violent act is allowed an absolute acquittal on a plea of

je vais en venir dans un instant, c'est-à-dire que, lorsqu'il est question d'aliénation mentale, l'accusé doit s'acquitter d'une charge de présentation consistant à en établir l'existence selon la prépondérance des probabilités.

Maintenant, conformément à l'arrêt *Daviault* de notre Cour, lorsqu'il est question d'ivresse s'apparentant à l'automatisme, là encore l'obligation incombe à l'accusé, de même que la charge de présentation.

Par contre, dans le cas de l'automatisme sans aliénation mentale, la défense est seulement tenue de soulever ce moyen, et le ministère public doit ensuite le réfuter hors de tout doute raisonnable pour l'essentiel.

Ainsi, c'est là que je reconnais qu'il existe une contradiction et que l'application d'un seul critère et du même processus à chacun des différents types de troubles mentaux, au sens large, peut être fondée jusqu'à un certain point.

Une charge de persuasion applicable à tous les cas où l'automatisme est allégué doit refléter les préoccupations d'ordre public qui entourent les allégations d'automatisme, ce qui rappelle les propos du juge Schroeder dans *R. c. Szymusiak*, [1972] 3 O.R. 602 (C.A.), à la p. 608:

[TRADUCTION] ... un moyen de défense qui, dans un cas qui s'y prête vraiment, peut être le seul dont dispose un honnête homme, mais il peut tout aussi bien être le dernier recours d'une canaille.

Ce n'est pas la première fois qu'on reconnaît la pertinence des considérations d'ordre public dans ce domaine du droit criminel. Dans l'arrêt *Rabey* (C.A. Ont.), précité, le juge Martin, dont les motifs ont été adoptés par notre Cour à la majorité, a reconnu que l'expression «maladie mentale» renferme à la fois un élément médical et un élément juridique ou d'ordre public (p. 12). Le juge Dickson, dissident, dans *Rabey* (S.C.C.), a souligné, à la p. 546, que des considérations d'ordre public particulières entrent en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer si l'automatisme allégué devrait être qualifié ou non de troubles mentaux:

Il faut sans aucun doute tenir compte de considérations d'ordre public. L'automatisme en tant que moyen de défense est facilement simulé. On affirme que la crédibilité de notre système de justice pénale risque d'être sérieusement mise à l'épreuve si une personne qui a

automatism arising from a psychological blow. The argument is made that the success of the defence depends upon the semantic ability of psychiatrists, tracing a narrow path between the twin shoals of criminal responsibility and an insanity verdict. Added to these concerns is the *in terrorem* argument that the floodgates will be raised if psychological blow automatism is recognized in law.

Likewise, in *Parks, supra*, La Forest J. considered policy to be a relevant consideration for trial judges in distinguishing between mental disorder and non-mental disorder automatism (p. 896 and pp. 907-8).

In both *Rabey* and *Parks*, policy considerations were relegated to the second stage of the automatism analysis to determine whether the condition alleged by the accused was mental disorder or non-mental disorder automatism. In neither case is there any indication that this Court intended to preclude the consideration of policy in the determination of an appropriate legal burden for cases involving claims of automatism.

The foregoing leads me to the conclusion that the legal burden in cases involving claims of automatism must be on the defence to prove involuntariness on a balance of probabilities to the trier of fact. This is the same burden supported by Lord Goddard, dissenting in *Hill v. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277, at pp. 282-83, and imposed in some American jurisdictions; see for example *State v. Caddell*, 215 S.E.2d 348 (N.C. 1975); *Fulcher v. State*, 633 P.2d 142 (Wyo. 1981); *Polston v. State*, 685 P.2d 1 (Wyo. 1984); *State v. Fields*, 376 S.E.2d 740 (N.C. 1989).

In *Chaulk, supra*, and *Daviault, supra*, this Court recognized that although placing a balance of probabilities burden on the defence with respect to an element of the offence constitutes a limitation of an accused person's rights under s. 11(d) of the *Charter*, it can be justified under s. 1. In my opinion, the burden is also justified in the present case.

commis un acte violent bénéficie d'un verdict d'acquittement absolu sur un plaidoyer d'automatisme provoqué par un choc psychologique. On fait valoir que le succès de ce moyen de défense dépend de l'habileté d'expression des psychiatres appelés à tracer l'étroit sentier entre les deux écueils de la responsabilité criminelle et du verdict d'aliénation mentale. À tout cela, on ajoute l'argument menaçant du raz de marée si la défense d'automatisme provoqué par un choc psychologique est reconnue en droit.

De même, dans l'arrêt *Parks*, précité, le juge La Forest a conclu que l'ordre public était une considération pertinente pour le juge du procès lorsqu'il s'agissait de distinguer l'automatisme avec troubles mentaux de l'automatisme sans troubles mentaux (pp. 896, 907 et 908).

Dans les arrêts *Rabey* et *Parks*, les considérations d'ordre public ont été reléguées à la deuxième étape de l'analyse, qui consiste à déterminer si l'état allégué par l'accusé en est un d'automatisme avec troubles mentaux ou d'automatisme sans troubles mentaux. Ni l'un ni l'autre arrêt n'indique que notre Cour a voulu empêcher de tenir compte de l'ordre public pour définir une charge de persuasion appropriée dans les cas où l'automatisme est allégué.

Je conclus de ce qui précède que la charge de persuasion, dans les cas où l'automatisme est allégué, incombe à la défense qui doit alors prouver au juge des faits le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités. C'est la même charge de preuve que préconise lord Goddard, dissident, dans *Hill c. Baxter*, [1958] 1 Q.B. 277, aux pp. 282 et 283, et qui est imposée dans certains ressorts américains; voir, par exemple, *State c. Caddell*, 215 S.E.2d 348 (N.C. 1975); *Fulcher c. State*, 633 P.2d 142 (Wyo. 1981); *Polston c. State*, 685 P.2d 1 (Wyo. 1984); *State c. Fields*, 376 S.E.2d 740 (N.C. 1989).

Dans les arrêts *Chaulk* et *Daviault*, précités, notre Cour a reconnu que l'imposition à la défense d'une charge de preuve selon la prépondérance des probabilités relativement à un élément de l'infraction peut être justifiée au sens de l'article premier, même si elle restreint les droits garantis à l'accusé par l'al. 11d) de la *Charte*. J'estime que cette

177

178

179

180

The law presumes that people act voluntarily in order to avoid placing the onerous burden of proving voluntariness beyond a reasonable doubt on the Crown. Like extreme drunkenness akin to automatism, genuine cases of automatism will be extremely rare. However, because automatism is easily feigned and all knowledge of its occurrence rests with the accused, putting a legal burden on the accused to prove involuntariness on a balance of probabilities is necessary to further the objective behind the presumption of voluntariness. In contrast, saddling the Crown with the legal burden of proving voluntariness beyond a reasonable doubt actually defeats the purpose of the presumption of voluntariness. Thus, requiring that an accused bear the legal burden of proving involuntariness on a balance of probabilities is justified under s. 1. There is therefore no violation of the Constitution. On this latter point, I would note the words of Lamer C.J. in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 996-97:

I also wish to point out that, throughout my reasons on this issue, I have been careful to speak of the old common law rule as limiting the s. 7 *Charter* right and as violating the Constitution only after having reached the conclusion that the limitation is not justified under s. 1 of the *Charter*. This choice of language is deliberate but does not depend on the fact that this case involves a *Charter* challenge to a common law rule as opposed to a legislative provision. Whether one is speaking of a legislative provision or a common law rule it is not, in my view, correct to speak of a law violating a particular provision of the *Charter* (such as s. 7) prior to having gone through a s. 1 analysis. The *Charter* guarantees the particular rights and freedoms set out in it subject to reasonable limits which can be, under s. 1, demonstrably justified in a free and democratic society. Thus a law which limits a right set out in the *Charter* will only violate the Constitution if it is not justified under s. 1. In this instance, the law will either be struck down (to the extent of the inconsistency) under s. 52(1) or it will be reinterpreted so as not to violate the Constitution. If a

charge de preuve est aussi justifiée en l'espèce. Le droit présume que les gens agissent volontairement afin d'éviter d'imposer au ministère public la lourde charge de prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire. À l'instar de l'ivresse extrême s'apparentant à l'automatisme, les vrais cas d'automatisme sont extrêmement rares. Cependant, du fait que l'automatisme est facilement simulé et que c'est l'accusé lui-même qui est en mesure de savoir qu'il a été plongé dans un tel état, il est nécessaire, pour atteindre l'objectif qui soutient la présomption de caractère volontaire, d'imposer à l'accusé la charge de persuasion consistant à prouver le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités. Par contre, imposer au ministère public la charge de persuasion consistant à prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire va, en réalité, à l'encontre de l'objet de la présomption de caractère volontaire. Donc, l'imposition à l'accusé de la charge de persuasion consistant à prouver le caractère involontaire selon la prépondérance des probabilités est justifiée au sens de l'article premier. Il n'y a donc aucune violation de la Constitution. Sur ce dernier point, je tiens à souligner les propos que le juge en chef Lamer a tenus dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 996 et 997:

J'aimerais également souligner que, tout au long de mes motifs sur cette question, j'ai pris soin de dire que l'ancienne règle de common law restreignait le droit garanti par l'art. 7 de la *Charte* et ce n'est qu'après avoir conclu que la restriction n'était pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* que j'ai dit que la règle violait la Constitution. Ce choix de terme est délibéré mais ne repose pas sur le fait que ce pourvoi porte sur la contestation, en vertu de la *Charte*, d'une règle de common law plutôt que d'une disposition législative. Peu importe qu'il s'agisse d'une disposition législative ou d'une règle de common law, j'estime qu'il est faux d'affirmer qu'une règle de droit viole une disposition donnée de la *Charte* (comme l'art. 7) avant d'avoir procédé à l'examen de l'article premier. La *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, sous réserve de limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier. Ainsi, une règle de droit qui restreint un droit énoncé dans la *Charte* ne violera la Constitution que si elle n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Dans un tel cas, les parties incompatibles de la règle de droit seront abrogées en vertu du

law which limits a right set out in the *Charter* is justified under s. 1, that law does not violate the Constitution.

One final point on the issue of justification. My colleague Binnie J. distinguishes the s. 1 analysis in the present case from that in *Daviault* on the basis of the state of the law prior to a change established by this Court. With respect, I cannot agree that the issue of whether the previous state of the law was more or less advantageous to the accused is relevant to the justification of subsequent law. In both instances, the relevant matter is whether an existing infringement can be justified as a reasonable limit in a free and democratic society. The relevant subject of the s. 1 analysis is therefore the current state of the law rather than the comparative nature of previous law.

As explained above, what an accused must do to satisfy the evidentiary or proper foundation burden in cases involving claims of automatism is directly related to the nature of the legal burden in such cases. Accordingly, a change to the evidentiary burden associated with automatism is in order. To meet this burden, the defence must satisfy the trial judge that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. In my opinion, this evidentiary burden is consistent with the two-step approach taken by La Forest J. in *Parks*, *supra*. As noted above, the appropriateness of the evidentiary burden on the defence at the proper foundation stage was not directly at issue before this Court in *Parks*. This explains why La Forest J. did not find it necessary to refine the burdens associated with automatism to the extent that it has been necessary for me to do in the present case. What then is the nature of the evidence which will be required to satisfy this revised proper foundation or evidentiary burden?

par. 52(1) ou reformulées de façon à ne pas violer la Constitution. Si une règle de droit qui restreint un droit énoncé dans la *Charte* est justifiée en vertu de l'article premier, elle ne viole pas la Constitution.

Il convient de faire une dernière remarque sur la question de la justification. Mon collègue le juge Binnie distingue l'analyse fondée sur l'article premier en l'espèce de celle effectuée dans *Daviault*, en raison de l'état du droit avant un changement apporté par notre Cour. En toute déférence, je ne puis accepter que la question de savoir si l'état antérieur du droit était plus ou moins avantageux pour l'accusé est utile pour justifier le droit subséquent. Dans les deux cas, la question pertinente est de savoir si une violation existante est justifiable en tant que limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'objet pertinent de l'analyse fondée sur l'article premier est donc l'état actuel du droit au lieu de la nature comparative du droit antérieur.

Comme je l'ai expliqué plus haut, ce qu'un accusé doit faire pour s'acquitter de la charge de présentation ou d'établissement des fondements dans les cas où l'automatisme est allégué dépend directement de la nature de la charge de persuasion dans ces cas. Par conséquent, un changement de la charge de présentation applicable à l'automatisme s'impose. Pour s'acquitter de cette charge, la défense doit convaincre le juge du procès de l'existence d'une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Selon moi, cette charge de présentation est compatible avec la méthode en deux étapes adoptée par le juge La Forest dans l'arrêt *Parks*, précité. Comme nous l'avons vu, l'opportunité de la charge de présentation imposée à la défense à l'étape de l'établissement des fondements n'était pas directement en cause devant notre Cour dans *Parks*. Cela explique pourquoi le juge La Forest n'a pas estimé utile de préciser les charges de preuve liées à l'automatisme autant que j'ai dû le faire en l'espèce. Quelle preuve sera donc requise pour satisfaire à cette nouvelle charge de présentation ou d'établissement des fondements?

181

182

- 183 A review of the case law reveals that an accused must claim that he acted involuntarily at the relevant time in order to satisfy the automatism evidentiary burden. As stated earlier, a mere assertion of involuntariness will not suffice. See for example *Bratty, supra*, at pp. 406 and 413-14; *Rabey (Ont. C.A.), supra*, at pp. 24-25, *per* Martin J.A. adopted by Ritchie J.; *Parks, supra*, at p. 897, *per* La Forest J.; *Falconer, supra*, at pp. 250-51 and 266.
- 184 In addition to an assertion of involuntariness, the defence must present expert psychiatric evidence confirming its claim. See for example *Bratty, supra*, at p. 413; *Falconer, supra*, at pp. 250-57 and 266; *Daviault, supra*, at pp. 101 and 103; *Rabey (S.C.C.), supra*, at p. 552, *per* Dickson J. Even the appellant in the present case concedes that in the absence of such psychiatric evidence it is unlikely that he could satisfy his evidentiary or proper foundation burden.
- 185 The law often requires judges to make subtle and sophisticated determinations about scientific methodology and expert evidence. Cases involving claims of automatism are no exception. Yet as Breyer J. of the United States Supreme Court aptly recognized in *General Electric Co. v. Joiner*, 118 S.Ct. 512 (1997), judges are usually not scientists and thus do not have the scientific training which facilitates the making of such decisions. For this reason, when law and science intersect, judges must undertake their duties with special care (p. 520).
- 186 Although cases involving claims of automatism do not deal with complex chemical reactions or the like, they do require judges to assess confusing and often contradictory psychiatric evidence. In particular, when determining whether the evidentiary burden for automatism has been satisfied, trial judges must be careful to recognize that the weight to be given to expert evidence may vary from case to case. If the expert testimony establishes a docu-
- Il ressort d'un examen de la jurisprudence que, pour s'acquitter de la charge de présentation applicable à l'automatisme, l'accusé doit alléguer qu'il a agi involontairement au moment pertinent. Comme je l'ai dit précédemment, une simple allégation de caractère involontaire ne suffit pas. Voir, par exemple, *Bratty*, précité, aux pp. 406, 413 et 414; *Rabey (C.A. Ont.)*, précité, aux pp. 24 et 25, le juge Martin, dont les propos ont été adoptés par le juge Ritchie; *Parks*, précité, à la p. 897, le juge La Forest; *Falconer*, précité, aux pp. 250, 251 et 266.
- En plus d'alléguer le caractère involontaire, la défense doit présenter une preuve d'expert en psychiatrie à l'appui de son allégation. Voir, par exemple, *Bratty*, précité, à la p. 413; *Falconer*, précité, aux pp. 250 à 257, ainsi que 266; *Daviault*, précité, aux pp. 101 et 103; *Rabey (C.S.C.)*, précité, à la p. 552, le juge Dickson. En l'espèce, même l'appelant concède qu'en l'absence d'une telle preuve psychiatrique il est peu probable qu'il pourrait s'acquitter de sa charge de présentation ou d'établissement des fondements.
- Le droit oblige souvent les juges à prendre des décisions subtiles et complexes au sujet de la méthode scientifique utilisée et de la preuve d'expert produite. Les affaires dans lesquelles l'automatisme est allégué ne font pas exception. Pourtant, comme le juge Breyer de la Cour suprême des États-Unis l'a pertinemment reconnu dans l'affaire *General Electric Co. c. Joiner*, 118 S.Ct. 512 (1997), le juge n'est généralement pas un scientifique, de sorte qu'il n'a pas la formation scientifique qui faciliterait la prise de ces décisions. C'est pourquoi lorsque le droit et la science s'entrecroisent, le juge doit exercer ses fonctions avec une diligence particulière (p. 520).
- Bien que, dans les affaires où l'automatisme est allégué, il ne soit pas question de réactions chimiques complexes ou d'autres phénomènes du genre, le juge du procès doit néanmoins évaluer une preuve psychiatrique déroutante et souvent contradictoire. Plus particulièrement, au moment de déterminer si l'on s'est acquitté de la charge de présentation applicable à l'automatisme, le juge du procès doit prendre soin de reconnaître que

mented history of automatistic-like dissociative states, it must be given more weight than if the expert is simply confirming that the claim of automatism is plausible. In the former case, the expert is actually providing a medical opinion about the accused. In the latter case, however, the expert is simply providing an opinion about the circumstances surrounding the allegation of automatism as they have been told to him or her by the accused. Trial judges must keep in mind that an expert opinion of this latter type is entirely dependent on the accuracy and truthfulness of the account of events given to the expert by the accused. Indeed, in the present case, Dr. Janke, the defence psychiatrist, qualified his opinion by noting that it was based almost exclusively on the accuracy and truthfulness of the appellant's account of events:

I think that, that when, in offering the [expert psychiatric] opinion, it is, in this circumstance, it's contingent upon the person being accurate in representing what they recall from that event. There are circumstances where you do have other witnesses who can give you some supportive evidence, but in this situation, you have to rely on a person. If they're not telling the truth, then the opinion is worthless.

In order to satisfy the evidentiary or proper foundation burden, all cases will require an assertion of involuntariness and confirming psychiatric evidence. However, this burden will generally require more than an assertion of involuntariness on the part of the accused accompanied by confirming expert evidence that automatism is plausible assuming the account of events given to the expert by the accused was accurate and truthful. The recognition of Sopinka, Lederman and Bryant in *The Law of Evidence in Canada, supra*, at p. 129, that "[p]olicy considerations are important in determining the sufficiency of evidence that is required to satisfy [evidential burdens] in both criminal and civil proceedings" supports such an approach. I will now attempt to provide some guidance on what additional evidence is relevant to the determination of whether the defence has raised evidence which would permit a properly instructed jury to find that the accused acted

l'importance à accorder à une preuve d'expert peut varier d'une affaire à l'autre. Il faut attribuer plus d'importance au témoignage d'expert qui établit l'existence d'antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme qu'à celui qui ne fait que confirmer la plausibilité de l'automatisme allégué. Dans le premier cas, l'expert donne en fait une opinion médicale au sujet de l'accusé. Dans le dernier cas, il se prononce seulement sur les circonstances entourant l'allégation d'automatisme, qui lui ont été relatées par l'accusé. Le juge du procès doit se rappeler que ce dernier type d'opinion d'expert dépend entièrement de l'exactitude et de la véracité des faits relatés à l'expert par l'accusé. En réalité, dans la présente affaire, le Dr Janke, psychiatre de la défense, a nuancé son opinion en faisant remarquer qu'elle reposait presque exclusivement sur l'exactitude et la véracité de la relation des faits de l'appelant:

[TRADUCTION] Je crois que, que lorsque, en présentant l'opinion [d'expert en psychiatrie], elle est, dans le présent cas, elle est subordonnée à l'exactitude de la relation, par la personne, du souvenir qu'elle a de cet épisode. Il y a des cas où il y a d'autres témoins qui peuvent vous donner des éléments de preuve à l'appui, mais dans le cas qui nous occupe, vous devez vous en remettre à une personne. Si elle ne dit pas la vérité, l'opinion n'a alors aucune valeur.

Pour satisfaire à la charge de présentation ou d'établissement des fondements, une allégation de caractère involontaire appuyée d'une preuve psychiatrique est nécessaire dans tous les cas. Toutefois, cette charge exigera généralement plus qu'une allégation de caractère involontaire de la part de l'accusé, confirmée par une preuve d'expert que l'automatisme est plausible en supposant que les faits relatés à l'expert par l'accusé sont exacts et véridiques. Ce point de vue est appuyé par le fait que, dans *The Law of Evidence in Canada, op. cit.*, à la p. 129, Sopinka, Lederman et Bryant reconnaissent que [TRADUCTION] «[d]es considérations d'ordre public sont importantes pour décider du caractère suffisant de la preuve requise pour satisfaire [aux charges de preuve] tant en matière criminelle qu'en matière civile». Je vais maintenant tenter de fournir certaines indications sur la nature des autres éléments de preuve pertinents requis pour décider si la défense a soumis

involuntarily on a balance of probabilities. The factors discussed here are given only by way of example and are meant to illustrate the type of reasoning trial judges should employ when evaluating the evidence adduced at trial.

188 Both the majority and dissent of this Court in *Rabey, supra*, recognized that a “shocking” psychological blow was required before non-mental disorder, rather than mental disorder, automatism could be left with the trier of fact. Although *Rabey* dealt specifically with “psychological blow” automatism, I am of the opinion that it is appropriate in all cases for trial judges to consider the nature of the alleged automatism trigger in order to assess whether the defence has raised evidence on which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. With reference to psychological blow automatism specifically, I agree that the defence will generally have to provide evidence of a trigger equivalent to a “shock” in order to satisfy its evidentiary burden.

189 The existence or non-existence of evidence which corroborates the accused’s claim of automatism will also be relevant to the assessment of whether a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. Such evidence may take different forms. Two examples are worth noting here. First, evidence of a documented medical history of automatic-like dissociative states would certainly assist the defence in satisfying a trial judge that a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. Furthermore, the more similar the historical pattern of dissociation is with the current claim of automatism, the more persuasive the evidence will be on the issue of involuntariness. For example, a documented history of dissociation in response to

une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement. Les facteurs analysés ici ne sont exposés qu’à titre d’exemple destiné à illustrer le genre de raisonnement que le juge du procès devrait adopter en évaluant la preuve présentée au procès.

Dans l’arrêt *Rabey*, précité, de notre Cour, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont reconnu qu’un choc psychologique «traumatisant» était nécessaire pour que l’automatisme sans troubles mentaux, au lieu de l’automatisme avec troubles mentaux, puisse être soumis à l’appréciation du juge des faits. Même si, dans cette affaire, il était précisément question d’automatisme «provoqué par un choc psychologique», j’estime qu’il convient dans tous les cas que le juge du procès examine la nature de l’élément déclencheur de l’automatisme allégué pour déterminer si la défense a soumis une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement. En ce qui concerne particulièrement l’automatisme provoqué par un choc psychologique, je reconnais que la défense devra généralement prouver l’existence d’un élément déclencheur équivalant à un «choc» pour s’acquitter de sa charge de présentation.

L’existence ou l’inexistence d’une preuve corroborant l’automatisme allégué par l’accusé sera également pertinente pour déterminer si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement. Cette preuve peut revêtir différentes formes. Deux exemples sont dignes de mention ici. Premièrement, la preuve composée d’antécédents médicaux documentés d’états de dissociation apparentés à l’automatisme aiderait sûrement la défense à convaincre le juge du procès qu’un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l’accusé a agi involontairement. En outre, plus les états de dissociation antérieurs s’apparenteront à celui allégué, plus la preuve du caractère involontaire sera convain-

the particular triggering stimuli in question in the case could serve as strong evidence that the same stimuli once again triggered an involuntary response. Although I would not go so far as to make a medical history of dissociation a requirement for the defence to meet its evidentiary burden at the proper foundation stage, I would note that the lack of such evidence is also a relevant factor in determining whether this defence burden has been satisfied.

Corroborating evidence of a bystander which reveals that the accused appeared uncharacteristically glassy-eyed, unresponsive and or distant immediately before, during or after the alleged involuntary act will also be relevant to the assessment of whether the defence has raised evidence on which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. This is confirmed by the expert evidence of Dr. Murphy, the Crown psychiatrist in the present case, as set out above. Indeed, the fact that it is common practice for judges to note specifically witness' comments about the appearance of the accused at the relevant time indicates that this may already be a factor weighed in the assessment of whether or not the defence has satisfied its evidentiary burden in cases involving claims of automatism. I would caution, however, that the evidence of bystanders must be approached very carefully since automatism and rage may often be indistinguishable to untrained bystanders.

Another factor which trial judges should consider in assessing whether the defence has raised evidence which would permit a properly instructed jury to find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities is motive. A motiveless act will generally lend plausibility to an accused's claim of involuntariness. Indeed, in the present case, Dr. Murphy, the Crown psychiatrist, testified that since the mind and body of a person in a dissociative state have been split, she would expect

cante. Par exemple, des antécédents documentés de dissociation provoquée par l'élément déclencheur en cause dans une affaire particulière constitueraient une preuve solide que le même élément déclencheur a de nouveau provoqué une réaction involontaire. Même si je ne vais pas jusqu'à dire que des antécédents médicaux de dissociation sont nécessaires pour que la défense s'acquitte de la charge de présentation qui lui incombe à l'étape de l'établissement des fondements, je tiens à souligner que l'absence d'une telle preuve constitue aussi un facteur pertinent pour déterminer si la défense s'est acquittée de cette charge.

Le témoignage d'un observateur qui corrobore que, contrairement à son habitude, l'accusé avait le regard vitreux, n'avait aucune réaction ou semblait distant immédiatement avant, pendant ou après l'acte involontaire allégué sera également pertinent pour déterminer si la défense a présenté une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Comme nous l'avons vu, c'est ce que confirme en l'espèce le témoignage d'expert du D<sup>r</sup> Murphy, le psychiatre du ministère public. En fait, comme les juges ont l'habitude de relever les observations des témoins concernant l'apparence de l'accusé au moment pertinent, cela indique qu'il peut déjà s'agir d'un facteur qui est pris en considération pour déterminer si la défense s'est acquittée de sa charge de présentation dans un cas où l'automatisme est allégué. Je tiens cependant à prévenir qu'il faut aborder avec beaucoup de prudence le témoignage d'observateurs étant donné qu'automatisme et rage peuvent souvent être confondus par le profane.

Le mobile est un autre facteur que le juge du procès devrait prendre en considération pour déterminer si la défense a présenté une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Un acte gratuit confère généralement une plausibilité à une allégation de caractère involontaire par l'accusé. En réalité, dans la présente affaire, le D<sup>r</sup> Murphy, psychiatre du ministère public, a

190

191

that there would usually be no connection between involuntary acts done in a state of automatism and the social context immediately preceding them. Dr. Murphy also noted that if a single person is both the trigger of the alleged automatism and the victim of the automatistic violence, the claim of involuntariness should be considered suspect. I agree that the plausibility of a claim of automatism will be reduced if the accused had a motive to commit the crime in question or if the "trigger" of the alleged automatism is also the victim. On the other hand, if the involuntary act is random and lacks motive, the plausibility of the claim of automatism will be increased. A question that trial judges should ask in assessing whether the defence has raised evidence which would permit a properly instructed jury to find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities is therefore whether or not the crime in question is explicable without reference to the alleged automatism. If this question can be answered in the negative, the plausibility of the accused's claim of involuntariness will be heightened. Such was the case in *Parks*, *supra*, for example, where there was no explanation for why the accused would attack his "in-laws", with whom he otherwise had a good relationship, except automatism induced by a state of somnambulism. In contrast, if this question invokes a positive response, the plausibility of the claim of involuntariness will be decreased.

témoigné que, puisque l'esprit et le corps d'une personne en état de dissociation sont séparés, elle s'attendrait à ce qu'il n'y ait habituellement aucun lien entre les actes involontaires accomplis en état d'automatisme et le contexte social qui les a précédés immédiatement. Elle a également fait observer que, lorsqu'une même personne est à la fois l'élément déclencheur de l'automatisme allégué et la victime de la violence qui en a résulté, il y a lieu de mettre en doute l'allégation de caractère involontaire. Je conviens qu'une allégation d'automatisme sera moins plausible si l'accusé avait un motif de commettre le crime en cause ou si l'«élément déclencheur» de l'automatisme allégué est la victime elle-même. Par ailleurs, si l'acte involontaire est accompli au hasard et sans motif, l'allégation d'automatisme sera davantage plausible. En conséquence, pour déterminer si la défense a présenté une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement, le juge du procès devrait se demander si le crime en cause peut s'expliquer indépendamment de l'automatisme allégué. S'il est possible de répondre à cette question par la négative, la plausibilité de l'allégation de caractère involontaire par l'accusé sera accrue. Tel était le cas, par exemple, dans *Parks*, précité, où aucune autre raison que l'automatisme causé par un état de somnambulisme n'expliquait pourquoi l'accusé avait agressé ses beaux-parents, avec qui il était par ailleurs en bons termes. Par contre, s'il est possible de répondre à la question par l'affirmative, l'allégation de caractère involontaire sera moins plausible.

192

To sum up, in order to satisfy the evidentiary or proper foundation burden in cases involving claims of automatism, the defence must make an assertion of involuntariness and call expert psychiatric or psychological evidence confirming that assertion. However, it is an error of law to conclude that this defence burden has been satisfied simply because the defence has met these two requirements. The burden will only be met where the trial judge concludes that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of

Somme toute, pour s'acquitter de la charge de présentation ou d'établissement des fondements dans un cas où l'automatisme est invoqué, la défense doit présenter une allégation de caractère involontaire, confirmée par le témoignage d'expert d'un psychiatre ou d'un psychologue. Toutefois, conclure que la défense s'est acquittée de cette charge simplement parce qu'elle a satisfait à ces deux exigences est une erreur de droit. Elle ne s'en sera acquittée que si le juge du procès conclut qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon

probabilities. In reaching this conclusion, the trial judge will first examine the psychiatric or psychological evidence and inquire into the foundation and nature of the expert opinion. The trial judge will also examine all other available evidence, if any. Relevant factors are not a closed category and may, by way of example, include: the severity of the triggering stimulus, corroborating evidence of bystanders, corroborating medical history of automatistic-like dissociative states, whether there is evidence of a motive for the crime, and whether the alleged trigger of the automatism is also the victim of the automatistic violence. I point out that no single factor is meant to be determinative. Indeed, there may be cases in which the psychiatric or psychological evidence goes beyond simply corroborating the accused's version of events, for example, where it establishes a documented history of automatistic-like dissociative states. Furthermore, the ever advancing state of medical knowledge may lead to a finding that other types of evidence are also indicative of involuntariness. I leave it to the discretion and experience of trial judges to weigh all of the evidence available on a case-by-case basis and to determine whether a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities.

*F. Step 2: Determining Whether to Leave Mental Disorder or Non-Mental Disorder Automatism with the Trier of Fact*

Only if the accused has laid a proper foundation for a defence of automatism will it be necessary for the trial judge to determine whether mental disorder or non-mental disorder automatism should be left with the trier of fact. If the trial judge concludes that a proper foundation has not been established, the presumption of voluntariness will be effective and neither automatism defence will be available to the trier of fact. In such a case, however, the accused may still claim an independent s. 16 defence of mental disorder.

la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Pour tirer cette conclusion, le juge du procès commence par analyser la preuve psychiatrique ou psychologique, et examiner le fondement et la nature de l'opinion d'expert. Il analyse également tout autre élément de preuve disponible. Les facteurs pertinents ne sont pas exhaustifs et peuvent notamment inclure l'intensité de l'élément déclencheur, le témoignage corroborant d'observateurs, les antécédents médicaux corroborants d'états de dissociation apparentés à l'automatisme, la question de savoir s'il y a preuve de l'existence d'un mobile du crime et celle de savoir si la personne qui aurait déclenché l'état d'automatisme est également la victime de la violence qui en a résulté. Je précise qu'aucun facteur ne se veut déterminant à lui seul. En fait, il peut y avoir des cas où la preuve psychiatrique ou psychologique fait plus que simplement corroborer la relation des faits de l'accusé, par exemple, en établissant l'existence d'antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme. En outre, l'avancement constant des connaissances médicales peut amener à conclure que d'autres types d'éléments de preuve indiquent également l'absence de caractère volontaire. Je m'en remets à la discrétion et à l'expérience du juge du procès pour ce qui est de soupeser toute la preuve disponible dans chaque affaire, et de décider si un jury ayant reçu des directives appropriées pourrait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement.

*F. Deuxième étape: déterminer s'il y a lieu de soumettre à l'appréciation du juge des faits l'automatisme avec ou sans troubles mentaux*

Ce n'est qu'une fois que l'accusé a établi les fondements d'une défense d'automatisme que le juge du procès doit décider s'il y a lieu de soumettre à l'appréciation du juge des faits l'automatisme avec ou sans troubles mentaux. S'il conclut que ces fondements n'ont pas été établis, la présomption de caractère volontaire s'applique et aucune des défenses d'automatisme ne peut être soumise à l'appréciation du juge des faits. En pareil cas cependant, l'accusé peut toujours invoquer une défense indépendante de troubles mentaux fondée sur l'art. 16.

194 The determination of whether mental disorder or non-mental disorder automatism should be left with the trier of fact must be undertaken very carefully since it will have serious ramifications for both the individual accused and society in general. As mentioned above, mental disorder automatism is subsumed by the defence of mental disorder as set out in the *Code*. Accordingly, a successful defence of mental disorder automatism will result in a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder as dictated by s. 672.34 of the *Code*. Under s. 672.54, an accused who receives this qualified acquittal may be discharged absolutely, discharged conditionally or detained in a hospital. In contrast, a successful defence of non-mental disorder automatism will always result in an absolute acquittal.

195 The assessment of which form of automatism should be left with the trier of fact comes down to the question of whether or not the condition alleged by the accused is a mental disorder. Mental disorder is a legal term. It is defined in s. 2 of the *Code* as "a disease of the mind". In *Parks, supra*, at pp. 898-99, the majority of this Court adopted the reasons of Martin J.A. in *Rabey* (Ont. C.A.), *supra*, which included the following explanation of the term "disease of the mind", at pp. 12-13:

Although the term "disease of the mind" is not capable of precise definition, certain propositions may, I think, be asserted with respect to it. "Disease of the mind" is a legal term, not a medical term of art; although a legal concept, it contains a substantial medical component as well as a legal or policy component.

The evidence of medical witnesses with respect to the cause, nature and symptoms of the abnormal mental condition from which the accused is alleged to suffer, and how that condition is viewed and characterized from the medical point of view, is highly relevant to the judicial determination of whether such a condition is capable of constituting a "disease of the mind". The opinions of medical witnesses as to whether an abnormal mental

La question de savoir si le juge des faits devrait être saisi d'une défense d'automatisme avec ou sans troubles mentaux doit être tranchée avec beaucoup de prudence, étant donné les graves répercussions qui en résulteront à la fois sur l'accusé lui-même et sur la société en général. Comme nous l'avons vu, l'automatisme avec troubles mentaux est subsumé sous la défense des troubles mentaux prévue par le *Code*. Par conséquent, l'acceptation d'une défense d'automatisme avec troubles mentaux entraînera un verdict de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux, conformément à l'art. 672.34 du *Code*. Aux termes de l'art. 672.54, l'accusé qui fait l'objet d'un tel verdict peut être libéré inconditionnellement, libéré conditionnellement ou détenu dans un hôpital. Par contre, l'acceptation d'une défense d'automatisme sans troubles mentaux entraînera toujours l'acquiescement pur et simple.

Décider de la forme d'automatisme qui devrait être soumise à l'appréciation du juge des faits revient à déterminer si l'état allégué par l'accusé correspond à des troubles mentaux. L'expression «troubles mentaux» est une expression juridique définie à l'art. 2 du *Code* comme étant une «maladie mentale». Dans l'arrêt *Parks*, précité, aux pp. 898 et 899, notre Cour à la majorité a adopté les motifs du juge Martin, dans *Rabey* (C.A. Ont.), précité, qui comprenaient l'explication suivante du terme «maladie mentale», aux pp. 12 et 13:

[TRADUCTION] Bien qu'il soit impossible de définir avec précision le terme «maladie mentale», je crois qu'on peut faire valoir certaines propositions à cet égard. «Maladie mentale» est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical; bien que ce soit une notion juridique, elle renferme un élément médical important ainsi qu'un élément juridique ou d'ordre public.

Le témoignage des experts médicaux sur la cause, la nature et les symptômes de l'état mental anormal dont aurait souffert l'accusé, et la façon dont cet état est considéré et qualifié du point de vue médical sont très utiles aux tribunaux qui doivent déterminer si un tel état peut constituer une «maladie mentale». L'opinion des experts médicaux sur la question de savoir si un état mental anormal constitue ou non une maladie mentale n'est

state does or does not constitute a disease of the mind are not, however, determinative, since what is a disease of the mind is a legal question. . . .

In *Rabey* (Ont. C.A.), Martin J.A. described the task of the trial judge in determining the disease of the mind issue as follows, at p. 13:

I take the true principle to be this: It is for the Judge to determine what mental conditions are included within the term "disease of the mind", and whether there is any evidence that the accused suffered from an abnormal mental condition comprehended by that term.

Taken alone, the question of what mental conditions are included in the term "disease of the mind" is a question of law. However, the trial judge must also determine whether the condition the accused claims to have suffered from satisfies the legal test for disease of the mind. This involves an assessment of the particular evidence in the case rather than a general principle of law and is thus a question of mixed law and fact. See *Southam*, *supra*, at paras. 35 and 36. The question of whether the accused actually suffered from a disease of the mind is a question of fact to be determined by the trier of fact. See *Rabey* (S.C.C.), *supra*, at p. 519, *per* Ritchie J.; *Parks*, *supra*, at p. 897, *per* La Forest J.; and *Bratty*, *supra*, at p. 412, *per* Lord Denning.

In response to the above-mentioned proposed revisions to the *Code* regarding automatism, the Canadian Psychiatric Association submitted a Brief to the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General. In this brief, the Association, on behalf of its 2,400 members nationwide, suggested that from a medical perspective, all automatism necessarily stems from mental disorder. Accordingly, the Association recommended that non-mental disorder automatism be eliminated and all claims of automatism be classified as mental disorders.

Since mental disorder is a legal term, the opinion of the Canadian Psychiatric Association, while

toutefois pas déterminante puisqu'il s'agit là d'une question de droit . . .

Dans *Rabey* (C.A. Ont.), le juge Martin a décrit ainsi la tâche qui incombe au juge du procès de trancher la question de la maladie mentale (à la p. 13):

[TRADUCTION] Je considère que le véritable principe est le suivant: il appartient au juge de déterminer quels états mentaux sont englobés par l'expression «maladie mentale», et s'il existe une preuve que l'accusé se trouvait dans un état mental anormal visé par cette expression.

Prise isolément, la question de savoir quels états mentaux sont englobés par l'expression «maladie mentale» est une question de droit. Toutefois, le juge du procès doit également déterminer si l'état dans lequel l'accusé prétend s'être trouvé satisfait au critère juridique de la maladie mentale. Il lui faut alors évaluer la preuve présentée dans l'affaire dont il est saisi, au lieu d'un principe général de droit, de sorte qu'il s'agit d'une question mixte de droit et de fait. Voir *Southam*, précité, aux par. 35 et 36. La question de savoir si l'accusé souffrait véritablement d'une maladie mentale est une question de fait qui doit être tranchée par le juge des faits. Voir *Rabey* (C.S.C.), précité, à la p. 519, le juge Ritchie; *Parks*, précité, à la p. 897, le juge La Forest; *Bratty*, précité, à la p. 412, lord Denning.

Réagissant à la proposition susmentionnée de modifier le *Code* en ce qui concerne l'automatisme, l'Association des psychiatres du Canada a présenté un mémoire au Comité permanent de la justice et du Solliciteur général de la Chambre des communes. Dans ce mémoire, l'Association, qui compte 2 400 membres à l'échelle du pays, a laissé entendre que, du point de vue médical, tout automatisme découle nécessairement de troubles mentaux. Elle a donc recommandé la suppression de l'automatisme sans troubles mentaux et de classer tout automatisme allégué comme étant un trouble mental.

Vu que l'expression «troubles mentaux» est une expression juridique, l'opinion de l'Association,

196

197

198

199

relevant, is not determinative of whether two distinct forms of automatism, mental disorder and non-mental disorder, should continue to be recognized at law. In my opinion, this Court should not go so far as to eliminate the defence of non-mental disorder automatism as the Association suggests. However, I take judicial notice that it will only be in rare cases that automatism is not caused by mental disorder. Indeed, since the trial judge will have already concluded that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities, there is a serious question as to the existence of an operating mind by the time the disease of the mind issue is considered. The foregoing lends itself to a rule that trial judges start from the proposition that the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. They must then determine whether the evidence in the particular case takes the condition out of the disease of the mind category. This approach is consistent with this Court's decision in *Rabey*, *supra*.

quoique pertinente, n'est pas déterminante quant à savoir s'il y a toujours lieu, en droit, de reconnaître deux formes distinctes d'automatisme, c'est-à-dire l'automatisme avec troubles mentaux et l'automatisme sans troubles mentaux. J'estime que notre Cour ne devrait pas aller jusqu'à supprimer la défense d'automatisme sans troubles mentaux, comme le suggère l'Association. Je reconnais cependant d'office qu'il est très rare que l'automatisme ne découle pas de troubles mentaux. En fait, étant donné que le juge du procès aura déjà décidé qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement, il se posera une sérieuse question quant à l'existence d'un état d'esprit conscient au moment d'examiner la question de la maladie mentale. Ce qui précède permet d'établir la règle selon laquelle le juge du procès part du principe que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale. Il doit ensuite déterminer si la preuve soumise fait sortir l'état allégué de la catégorie de la maladie mentale. Ce point de vue est compatible avec l'arrêt *Rabey*, précité.

200

In *Rabey*, this Court adopted the "internal cause theory" of Martin J.A. as the primary test for determining whether automatism resulting from a psychological blow stems from a disease of the mind. The following is a portion of Martin J.A.'s explanation of this approach, which was cited with approval by the majority of this Court, at p. 519:

In general, the distinction to be drawn is between a malfunctioning of the mind arising from some cause that is primarily internal to the accused, having its source in his psychological or emotional makeup, or in some organic pathology, as opposed to a malfunctioning of the mind, which is the transient effect produced by some specific external factor such as, for example, concussion. Any malfunctioning of the mind or mental disorder having its source primarily in some subjective condition or weakness internal to the accused (whether fully understood or not) may be a 'disease of the mind' if it prevents the accused from knowing what he is doing, but transient disturbances of consciousness due to certain specific external factors do not fall within the concept of disease of the mind.

Dans *Rabey*, notre Cour a adopté la «théorie de la cause interne» du juge Martin comme critère principal pour déterminer si l'automatisme provoqué par un choc psychologique découle d'une maladie mentale. Voici un extrait de l'explication de cette théorie par le juge Martin, que notre Cour à la majorité a cité, en l'approuvant, à la p. 519:

[TRADUCTION] De façon générale, on fait une distinction entre le déséquilibre mental découlant d'une cause essentiellement interne, dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé ou à une maladie organique, et le déséquilibre mental momentané provoqué par un facteur spécifiquement externe, par exemple, une commotion cérébrale. Tout déséquilibre ou trouble mental résultant d'un état ou d'une faiblesse subjective propre à l'accusé (qu'elle soit ou non tout à fait comprise) peut constituer une «maladie mentale» s'il empêche l'accusé de savoir ce qu'il fait. Par ailleurs, des troubles momentanés de la conscience dus à des facteurs externes spécifiques ne relèvent pas du concept de la maladie mentale.

It is clear from Martin J.A.'s reasons that the internal cause theory starts from the proposition that the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. At pp. 21-22, he states:

The malfunctioning of the mind which the respondent suffered, although temporary, is a "disease of the mind", unless it can be considered as a transient state produced by an external cause within the meaning of the authorities.

In my view, the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause constituting an explanation for a malfunctioning of the mind which takes it out of the category of a "disease of the mind". [Emphasis added.]

The reasons of La Forest J. in *Parks*, *supra*, are sometimes read as reversing the *Rabey* notion that the disease of the mind inquiry should begin from the proposition that the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. However, La Forest J. clearly stipulated, at p. 898, that "the approach to distinguishing between insane and non-insane automatism was settled by this Court's judgment in *Rabey*". Furthermore, in applying the second step of the automatism analysis, La Forest J. considered whether policy factors precluded a finding of non-mental disorder automatism (p. 908). In the end, given the fact specific approach taken by this Court in *Parks*, I would conclude that *Parks* cannot be interpreted as reversing *Rabey* on this issue.

*G. Determining Whether the Condition the Accused Claims to Have Suffered from is a Disease of the Mind*

In *Parks*, La Forest J. recognized that there are two distinct approaches to the disease of the mind inquiry: the internal cause theory and the continuing danger theory. He recognized the internal cause theory as the dominant approach in Canadian jurisprudence but concluded, at p. 902, that this theory "is really meant to be used only as an analytical tool, and not as an all-encompassing

Il ressort des motifs du juge Martin que la théorie de la cause interne suppose, a priori, que l'état dont l'accusé prétend avoir souffert est une maladie mentale. Il dit ce qui suit aux pp. 21 et 22 de son jugement:

[TRADUCTION] Le déséquilibre mental dont l'accusé a souffert, même s'il a été temporaire, constitue une «maladie mentale», sauf s'il peut être considéré comme un état momentané résultant d'une cause externe au sens de la jurisprudence et de la doctrine.

À mon avis, le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l'humanité ne constituent pas une cause externe qui peut servir d'explication à un déséquilibre mental et le sortir de la catégorie «maladie mentale». [Je souligne.]

Les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Parks*, précité, sont parfois interprétés comme infirmant l'idée exprimée dans *Rabey* que l'examen de la question de la maladie mentale devrait partir du principe que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale. Toutefois, le juge La Forest a clairement indiqué, à la p. 898, que «notre Cour a établi, dans l'arrêt *Rabey*, la façon de distinguer entre l'automatisme avec aliénation mentale et l'automatisme sans aliénation mentale». De plus, en procédant à la seconde étape de l'analyse de l'automatisme, le juge La Forest s'est demandé si des facteurs d'ordre public empêchaient de conclure à l'automatisme sans troubles mentaux (p. 908). En somme, vu la démarche factuelle particulière que notre Cour a adoptée dans *Parks*, je suis d'avis de conclure que cet arrêt ne peut être interprété comme infirmant *Rabey* sur ce point.

*G. Déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale*

Dans l'arrêt *Parks*, le juge La Forest a reconnu l'existence de deux théories distinctes en matière d'examen de la question de la maladie mentale: la théorie de la cause interne et celle du risque subsistant. Il a reconnu que la théorie de la cause interne est la théorie dominante dans la jurisprudence canadienne, mais il a conclu, à la p. 902, «qu'on entend appliquer cette théorie simplement à

methodology". This conclusion stemmed from a finding that somnambulism, the alleged trigger of the automatism in *Parks*, raises unique problems which are not well-suited to analysis under the internal cause theory. I agree that the internal cause theory cannot be regarded as a universal classificatory scheme for "disease of the mind". There will be cases in which the approach is not helpful because, in the words of La Forest J., at p. 903, "the dichotomy between internal and external causes becomes blurred". Accordingly, a new approach to the disease of the mind inquiry is in order. As I will explain below, a more holistic approach, like that developed by La Forest J. in *Parks*, must be available to trial judges in dealing with the disease of the mind question. This approach must be informed by the internal cause theory, the continuing danger theory and the policy concerns raised in this Court's decisions in *Rabey* and *Parks*.

### (1) The Internal Cause Theory

204

The internal cause theory was developed in the context of psychological blow automatism. Under the internal cause theory, the trial judge must compare the accused's automatistic reaction to the psychological blow to the way one would expect a normal person in the same circumstances to react in order to determine whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. As K. L. Campbell points out, at p. 354 of his article "Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence" (1980-81), 23 *Crim. L.Q.* 342, how can abnormality be defined in any other way but by comparison to what is normal. The words of Martin J.A. in *Rabey* (Ont. C.A.), *supra*, adopted by the majority of this Court, at p. 520, highlight this comparative approach to the disease of the mind question:

In my view, the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause constituting an explanation for a malfunctioning of the mind which takes it out

titre d'instrument d'analyse, et non à titre de méthodologie universelle». Cette conclusion découlait d'une constatation que le somnambulisme, le prétendu élément déclencheur de l'automatisme dans *Parks*, soulève des problèmes uniques qui se prêtent mal à une analyse fondée sur la théorie de la cause interne. Je conviens que cette dernière théorie ne saurait être considérée comme un régime universel de classification de la «maladie mentale». Dans certains cas, elle n'est d'aucune utilité car, pour reprendre les termes du juge La Forest, à la p. 903, «la dichotomie entre les causes internes et externes s'estompe». Une nouvelle façon d'aborder l'examen de la question de la maladie mentale s'impose donc. Comme je vais l'expliquer plus loin, le juge du procès doit disposer d'une méthode plus globale, comme celle conçue par le juge La Forest dans *Parks*, pour trancher la question de la maladie mentale. Cette méthode doit s'inspirer de la théorie de la cause interne, de la théorie du risque subsistant et des préoccupations d'ordre public soulevées dans les arrêts *Rabey* et *Parks* de notre Cour.

### (1) La théorie de la cause interne

La théorie de la cause interne a été conçue dans le contexte de l'automatisme provoqué par un choc psychologique. Suivant cette théorie, pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été constitué une maladie mentale, le juge du procès doit comparer la réaction automatique de l'accusé au choc psychologique avec la réaction à laquelle on s'attendrait de la part d'une personne normale dans la même situation. Comme le souligne K. L. Campbell dans son article intitulé «Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence» (1980-81), 23 *Crim. L.Q.* 342, à la p. 354: comment peut-on définir l'anormalité autrement que par rapport à ce qui est normal? Les propos que le juge Martin a tenus dans *Rabey* (C.A. Ont.), précité, et que notre Cour a adoptés à la majorité, à la p. 520, mettent en évidence cette façon comparative d'aborder la question de la maladie mentale:

[TRADUCTION] À mon avis, le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l'humanité ne constituent pas une cause externe qui peut servir d'explication à un déséquilibre mental et le sortir de la

of the category of a “disease of the mind”. . . I leave aside, until it becomes necessary to decide them, cases where a dissociative state has resulted from emotional shock without physical injury, resulting from such causes, for example, as being involved in a serious accident although no physical injury has resulted; being the victim of a murderous attack with an uplifted knife, notwithstanding that the victim has managed to escape physical injury; seeing a loved one murdered or seriously assaulted, and like situations. Such extraordinary external events might reasonably be presumed to affect the average normal person without reference to the subjective makeup of the person exposed to such experience.

The nature of the alleged trigger of the automatism is at the centre of the comparison the trial judge must undertake. For example, in the context of psychological blow automatism, both the majority and dissent of this Court in *Rabey* recognized that a “shocking” psychological blow was required before non-mental disorder, rather than mental disorder, automatism could be left with the trier of fact. To this end, the majority adopted the above-quoted words of Martin J.A. In dissent, Dickson J. made the following comment, at p. 549:

I agree with the requirement that there be a shock precipitating the state of automatism. Dissociation caused by a low stress threshold and surrender to anxiety cannot fairly be said to result from a psychological blow.

Accordingly, in *Rabey*, this Court unanimously supported the notion that there is a comparative element to the disease of the mind inquiry which involves an assessment of the nature of the trigger of the alleged automatism. In effect, the trial judge must consider the nature of the trigger and determine whether a normal person in the same circumstances might have reacted to it by entering an automatistic state as the accused claims to have done. Although I recognize that this approach will not be helpful in all cases, I believe that it remains useful in others. As such, the internal cause approach is a factor for trial judges to consider in cases in which they deem it useful. It may be

catégorie «maladie mentale». [. . .] Je laisse de côté, jusqu’à ce qu’ils se présentent, les cas où l’état de dissociation résulte d’un choc émotionnel sans blessures physiques: par exemple le fait d’avoir été impliqué dans un accident grave sans avoir subi de blessures physiques, d’avoir été victime d’un assaillant brandissant un couteau tout en ayant échappé à des blessures physiques, d’avoir vu un être cher assassiné ou gravement agressé, etc. On peut à juste titre présumer qu’une personne normale ordinaire puisse être affectée par ce genre d’événement externe extraordinaire, sans qu’intervienne la constitution subjective de la personne exposée à pareille expérience.

La nature du prétendu élément déclencheur de l’automatisme est au cœur de la comparaison que doit effectuer le juge du procès. Par exemple, dans le cas d’un automatisme provoqué par un choc psychologique, tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont reconnu, dans l’arrêt *Rabey* de notre Cour, qu’un choc psychologique «traumatisant» était nécessaire pour que l’automatisme sans troubles mentaux, au lieu de l’automatisme avec troubles mentaux, soit soumis à l’appréciation du juge des faits. À cette fin, les juges majoritaires ont adopté les propos précités du juge Martin. Quant au juge Dickson, dissident, il a formulé l’observation suivante, à la p. 549:

Je partage l’opinion qu’il doit y avoir un choc à même de provoquer l’état d’automatisme. On ne peut, à juste titre, prétendre qu’un état de dissociation causé par un seuil peu élevé de tolérance au stress et par une non-résistance à l’angoisse puisse résulter d’un choc psychologique.

En conséquence, dans l’arrêt *Rabey*, notre Cour a appuyé à l’unanimité l’idée qu’il y a, dans l’examen de la question de la maladie mentale, un point de comparaison qui implique une évaluation de la nature de l’élément déclencheur de l’automatisme allégué. En fait, le juge du procès doit examiner la nature de l’élément déclencheur et décider si ce dernier était susceptible de plonger une personne normale, se trouvant dans la même situation, dans l’état d’automatisme dans lequel l’accusé allègue avoir sombré. Bien que je reconnaisse que cette méthode ne sera pas utile dans certains cas, je crois qu’elle conserve son utilité dans d’autres cas. C’est pourquoi la théorie de la cause interne est un

205

206

helpful to provide some guidance as to how the comparison involved in the internal cause theory should be undertaken. I will do so in the context of psychological blow automatism, as I believe the internal cause approach will be most useful in cases involving automatism claims of this nature.

207

In his article, *supra*, Campbell points out that in assessing triggers of psychological blow automatism in *Rabey*, the majority of this Court drew the line between stressful situations and extremely shocking events. Under this approach, a finding that an alleged condition is not a disease of the mind, and consequently can support a defence of non-mental disorder automatism, is limited to cases involving triggers that normal people would find extremely shocking. Involuntariness caused by any less severe shock or mere stress is presumed to be triggered by a factor internal to the accused and as such constitutes a disease of the mind which can only give rise to a defence of mental disorder automatism (p. 357). Dickson J., in dissent, drew the line between stressful situations and mildly shocking events. Under this approach, the threshold requirement for a finding that a condition is not a disease of the mind is any shock, no matter what its severity. Only events which cannot be classified as a shock of any degree are labelled as internal, and thus diseases of the mind which can only give rise to the defence of mental disorder automatism (p. 358).

208

Given that the present case involves psychological blow automatism, I believe it is appropriate to express my opinion that the position of the majority in *Rabey* on this issue is preferable. The point of undertaking the comparison is to determine whether a normal person might have reacted to the alleged trigger by entering an automatistic state as the accused claims to have done. In cases involving claims of psychological blow automatism,

facteur dont le juge du procès doit tenir compte dans les cas où il estime utile de le faire. Il peut être utile de donner certaines indications sur la façon d'effectuer la comparaison que comporte la théorie de la cause interne. Je vais le faire dans le contexte de l'automatisme provoqué par un choc psychologique, car je crois que la théorie de la cause interne est des plus utiles dans les cas où un tel automatisme est allégué.

Dans son article précité, Campbell fait remarquer qu'en évaluant, dans *Rabey*, les éléments déclencheurs de l'automatisme provoqué par un choc psychologique, notre Cour à la majorité a tracé la ligne de démarcation entre la situation stressante et l'événement extrêmement traumatisant. Selon cette méthode, ce n'est qu'en présence d'un élément déclencheur qui, pour une personne normale, serait extrêmement traumatisant qu'on peut conclure que l'état allégué n'est pas une maladie mentale et qu'il peut donc étayer une défense d'automatisme sans troubles mentaux. On présume que le caractère involontaire dû à un traumatisme moins grave ou au simple stress est déclenché par un facteur propre à l'accusé et qu'il s'agit donc d'une maladie mentale qui ne donne ouverture qu'à une défense d'automatisme avec troubles mentaux (p. 357). Le juge Dickson, dissident, a tracé la ligne de démarcation entre la situation stressante et l'événement légèrement traumatisant. Selon ce point de vue, tout traumatisme, peu importe sa gravité, peut permettre de conclure qu'un état donné ne constitue pas une maladie mentale. Seul l'épisode qui ne peut être considéré comme un traumatisme quelconque est tenu pour interne et donc pour une maladie mentale ne donnant ouverture qu'à la défense d'automatisme avec troubles mentaux (p. 358).

Étant donné qu'il est question, en l'espèce, d'automatisme provoqué par un choc psychologique, je crois opportun d'indiquer que le point de vue adopté à cet égard par les juges majoritaires dans l'arrêt *Rabey* me semble préférable. La comparaison vise à déterminer si une personne normale aurait réagi au prétendu élément déclencheur en sombrant dans l'état d'automatisme allégué par l'accusé. Dans les affaires où l'automatisme

evidence of an extremely shocking trigger will be required to establish that a normal person might have reacted to the trigger by entering an automatic state, as the accused claims to have done.

When undertaking a comparison with a normal person, one is immediately faced with the difficulty of determining the importance of the context in which the comparison is made. I agree with the following comments of the High Court of Australia in *Falconer, supra*, on this issue (at p. 264):

In determining whether the mind of an ordinary person would have malfunctioned in the face of the physical or psychological trauma to which the accused was subjected, the psychotic, neurotic or emotional state of the accused at that time is immaterial. The ordinary person is assumed to be a person of normal temperament and self-control. Consequently, evidence that, in the week preceding the shooting, [the accused] had demonstrated fear, depression, emotional disturbance and an apparently changed personality would not have been relevant in determining the reaction of an ordinary person. Likewise, evidence of the stress that she suffered on discovering that her husband had sexually assaulted their two daughters would not have been relevant in determining the reaction of the ordinary person to the incidents which took place on the day of the shooting. But evidence of the objective circumstances of the relationship between the parties would have been relevant to that issue, for only by considering the pertinent circumstances of that relationship could the jury determine whether an ordinary person would have succumbed to a state of dissociation similar to that which [the accused] claims overtook her on that day. Speaking generally, the issue for the jury on this aspect of the case would be whether an ordinary woman of [the accused]'s age and circumstances, who had been subjected to the history of violence which she alleged, who had recently discovered that her husband had sexually assaulted their daughters, who knew that criminal charges had been laid against her husband in respect of these matters and who was separated from her husband as a result of his relationship with another woman, would have entered a state of dissociation as the result of the incidents which occurred on the day of the shooting.

provoqué par un choc psychologique est allégué, la preuve d'un élément déclencheur extrêmement traumatisant sera requise pour établir qu'une personne normale aurait réagi à l'élément déclencheur en sombrant dans l'état d'automatisme allégué par l'accusé.

Lorsqu'on entreprend de faire la comparaison avec une personne normale, la première difficulté qui se pose est de déterminer l'importance du contexte dans lequel la comparaison est faite. Je suis d'accord avec les observations suivantes que la Haute Cour d'Australie a formulées à ce sujet dans *Falconer*, précité, à la p. 264:

[TRADUCTION] Pour déterminer si le traumatisme physique ou psychologique subi par l'accusé aurait causé un déséquilibre mental chez une personne ordinaire, l'état psychotique, névrotique ou émotif de l'accusé au moment en question est sans importance. On présume que la personne ordinaire a une maîtrise de soi et un tempérament normaux. En conséquence, n'aurait pas été pertinente, pour déterminer la réaction d'une personne ordinaire, la preuve que, durant la semaine ayant précédé la fusillade, [l'accusée] s'était montrée craintive, dépressive et bouleversée et avait apparemment subi un changement de personnalité. De même, la preuve du stress qu'elle a subi lorsqu'elle a découvert que son mari avait agressé sexuellement leurs deux filles n'aurait pas été pertinente pour déterminer comment aurait réagi une personne ordinaire face aux événements qui se sont produits le jour de la fusillade. Par contre, une preuve des circonstances objectives de la relation entre les parties aurait été utile à cet égard, puisque ce n'est qu'en examinant les circonstances pertinentes de cette relation que le jury était en mesure de déterminer si une personne ordinaire aurait été plongée dans un état de dissociation semblable à celui dans lequel [l'accusée] prétend avoir sombré ce jour-là. En général, la question que devrait trancher le jury relativement à cet aspect de l'affaire serait de savoir si une femme ordinaire, du même âge et dans la même situation que [l'accusée] — c'est-à-dire, qui aurait subi dans le passé la violence alléguée, qui aurait récemment découvert que son mari avait agressé sexuellement leurs filles, qui aurait su que des accusations criminelles avaient été portées contre son mari à cet égard et qui se serait séparée de son mari à cause de la liaison de ce dernier avec une autre femme —, aurait été plongée dans un état de dissociation en raison des événements qui se sont produits le jour de la fusillade.

210 The comparison involved in the disease of the mind inquiry is thus a contextual objective test. The accused's automatic reaction to the alleged trigger must be assessed from the perspective of a similarly situated individual. This requires that the circumstances of the case be taken into account. However, I emphasize that this is not a subjective test.

211 The appellant argues that the objective element of the internal cause theory violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. According to the appellant, the *Charter* requires that the focus of the disease of the mind inquiry be on the actual, subjective response of the accused rather than that of a normal person. With respect, this argument fails to recognize that the objective inquiry into whether the condition claimed by the accused is a disease of the mind is applied only after a subjective inquiry into whether there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities has been completed by the trial judge. That is, the objective standard affects only the classification of the defence rather than the assessment of whether the *actus reus* of the offence has been established. A similar objective standard was applied to the defence of provocation in *R. v. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272, where the Ontario Court of Appeal held that the objective standard involved in the defence of provocation does not violate ss. 7 and 11(d) because it does not detract from the *mens rea* required to establish murder. The point I wish to make here is that the objective component of the internal cause theory does not affect the burden of proof on the issue of whether the accused voluntarily committed the offence. Moreover, the impact of the objective comparison is limited even with regard to the disease of the mind inquiry. As noted above, I agree with La Forest J. in *Parks* that the internal cause theory is only an analytical tool. It is not being held out as the definitive answer to the disease of the mind question. In each case, the trial judge must determine whether and to what extent the theory is useful given the facts of the case. Indeed, he or she has the discretion to disregard the theory if its application would not accord with the

La comparaison qui doit être effectuée lors de l'examen de la question de la maladie mentale est donc un critère contextuel objectif. La réaction automatique de l'accusé au prétendu élément déclencheur doit être évaluée du point de vue d'une personne qui se serait trouvée dans la même situation. Cela exige de prendre en considération les circonstances de l'affaire. Je souligne toutefois qu'il ne s'agit pas d'un critère subjectif.

L'appellant fait valoir que l'élément objectif de la théorie de la cause interne viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Selon lui, la *Charte* exige que l'examen de la question de la maladie mentale soit axé sur la réaction subjective véritable de l'accusé plutôt que sur celle de la personne normale. En toute déférence, cet argument ne tient pas compte du fait que l'examen objectif de la question de savoir si l'état allégué par l'accusé est une maladie mentale n'est entrepris qu'après que le juge du procès a procédé à un examen subjectif de la question de savoir s'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Autrement dit, la norme objective touche uniquement la classification du moyen de défense, et non pas l'analyse de la question de savoir si l'*actus reus* de l'infraction a été établi. Une norme objective semblable a été appliquée à la défense de provocation dans l'arrêt *R. c. Cameron* (1992), 71 C.C.C. (3d) 272, où la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la norme objective applicable à la défense de provocation ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d), car elle ne diminue pas la *mens rea* requise pour établir le meurtre. Je tiens à faire remarquer ici que l'élément objectif de la théorie de la cause interne ne modifie en rien la charge de preuve relative à la question de savoir si l'accusé a commis volontairement l'infraction. De plus, l'effet de la comparaison objective est limité, même en ce qui concerne l'examen de la question de la maladie mentale. Comme je l'ai souligné précédemment, je partage l'opinion exprimée par le juge La Forest dans l'arrêt *Parks* que la théorie de la cause interne n'est qu'un instrument d'analyse. Cette théorie n'est pas présentée comme la réponse définitive à la question de la maladie mentale.

policy concerns which underlie the disease of the mind inquiry. In this way, the internal cause approach attempts to strike an appropriate balance between the objectives of providing an exemption from criminal liability for morally innocent offenders and protecting the public. In these circumstances, the objective component of the internal cause theory does not limit either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. I would add that consideration of the subjective psychological make-up of the accused in the internal cause theory would frustrate the very purpose of making the comparison, which is of course to determine whether the accused was suffering from a disease of the mind in a legal sense.

## (2) The Continuing Danger Theory

As mentioned above, both the majority and dissenting judges of this Court in *Rabey*, as well as La Forest J. in *Parks*, recognized that policy considerations are relevant to the determination of whether a claim of automatism is the result of a disease of the mind. One policy factor which is central to the disease of the mind inquiry is the need to ensure public safety. Indeed, as mentioned above, La Forest J. recognized in *Parks* that the second dominant approach to the disease of the mind question is the continuing danger theory. This theory holds that any condition which is likely to present a recurring danger to the public should be treated as a disease of the mind. In other words, the likelihood of recurrence of violence is a factor to be considered in the disease of the mind inquiry. This approach must be qualified to recognize that while a continuing danger suggests a disease of the mind, a finding of no continuing danger does not preclude a finding of a disease of the mind. See *Rabey*, *supra*, at p. 15 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A., and at pp. 533 and 551 (S.C.C.), *per* Dickson J.; *Parks*, *supra*, at p. 907, *per* La Forest J.

Le juge du procès doit décider, dans chaque cas, si et dans quelle mesure la théorie est utile selon les faits de l'affaire. En réalité, il lui est loisible de ne pas en tenir compte si son application n'est pas conforme aux préoccupations d'ordre public qui sous-tendent l'examen de la question de la maladie mentale. De cette façon, la théorie de la cause interne tente d'établir un équilibre approprié entre l'objectif d'exonérer de la responsabilité criminelle les contrevenants moralement innocents et celui de protéger le public. Dans ces circonstances, l'élément objectif de la théorie de la cause interne n'impose aucune restriction à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*. J'ajouterais que prendre en considération la condition psychologique subjective de l'accusé dans le cadre de cette théorie irait à l'encontre de l'objet même de la comparaison, qui est naturellement de déterminer si l'accusé souffrait d'une maladie mentale au sens juridique.

## (2) La théorie du risque subsistant

Comme nous l'avons vu, les juges majoritaires et les juges dissidents de notre Cour dans *Rabey*, de même que le juge La Forest dans *Parks*, ont reconnu que des considérations d'ordre public sont pertinentes pour déterminer si l'automatisme allégué résulte d'une maladie mentale. Un facteur d'ordre public qui est au cœur de l'examen de la question de la maladie mentale est la nécessité d'assurer la sécurité du public. Ainsi, comme je l'ai déjà mentionné, le juge La Forest a reconnu, dans *Parks*, que la deuxième façon dominante d'aborder la question de la maladie mentale est la théorie du risque subsistant. Suivant cette théorie, tout état comportant vraisemblablement la récurrence d'un danger pour le public devrait être considéré comme une maladie mentale. En d'autres termes, la probabilité de récurrence de la violence est un facteur qui doit être considéré dans l'examen de la question de la maladie mentale. Cette théorie doit être nuancée de manière à reconnaître que, même si un risque subsistant est un indice de maladie mentale, la conclusion à l'absence de risque subsistant n'empêche pas de conclure à l'existence d'une maladie mentale. Voir *Rabey*, précité, à la p. 15 (C.A. Ont.), le juge Martin, et aux pp. 533 et 551 (C.S.C.), le juge Dickson; *Parks*, précité, à la p. 907, le juge La Forest.

213 In my opinion, trial judges should continue to consider the continuing danger theory as a factor in the determination of whether a condition should be classified as a disease of the mind. However, I emphasize that the continuing danger factor should not be viewed as an alternative or mutually exclusive approach to the internal cause factor. Although different, both of these approaches are relevant factors in the disease of the mind inquiry. As such, in any given case, a trial judge may find one, the other or both of these approaches of assistance. To reflect this unified, holistic approach to the disease of the mind question, it is therefore more appropriate to refer to the internal cause factor and the continuing danger factor, rather than the internal cause theory and the continuing danger theory.

214 In examining the continuing danger factor, trial judges may consider any of the evidence before them in order to assess the likelihood of recurrence of violence. However, two issues will be particularly relevant to the continuing danger factor: the psychiatric history of the accused and the likelihood that the trigger alleged to have caused the automatistic episode will recur.

215 As noted above, the defence must present expert psychiatric evidence in order to establish a proper foundation for a defence of automatism. The weight to be given to such evidence at the foundation stage will depend upon whether it establishes a documented history of automatistic-like dissociative states or simply confirms that a claim of automatism is plausible provided that the account of events given to the expert by the accused was accurate and truthful. The same distinction is again relevant when assessing the continuing danger factor in order to determine whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. Psychiatric evidence which reveals a documented history of automatistic-like dissociative states suggests that the condition alleged by the accused is of a recurring nature and thus increases the likelihood that automatism will recur.

Selon moi, le juge du procès devrait continuer de considérer la théorie du risque subsistant comme un facteur à prendre en considération pour décider si un état donné devrait être qualifié de maladie mentale. Je souligne toutefois que le facteur du risque subsistant ne doit pas être considéré comme une façon subsidiaire ou mutuellement exclusive d'aborder le facteur de la cause interne. Bien qu'elles soient différentes, ces deux méthodes sont des facteurs pertinents dans l'examen de la question de la maladie mentale. C'est pourquoi le juge du procès, dans une affaire donnée, peut estimer utiles les deux méthodes, ou l'une ou l'autre de celles-ci. Pour refléter cette façon unifiée et globale d'aborder la question de la maladie mentale, il est donc plus approprié de parler du facteur de la cause interne et du facteur du risque subsistant plutôt que de la théorie de la cause interne et de la théorie du risque subsistant.

En examinant le facteur du risque subsistant, le juge du procès peut tenir compte de tout élément de preuve dont il est saisi pour évaluer la probabilité de récurrence de la violence. Deux questions seront cependant particulièrement pertinentes quant au facteur du risque subsistant: les antécédents psychiatriques de l'accusé et la probabilité que l'élément qui aurait déclenché l'épisode d'automatisme se présente de nouveau.

Comme nous l'avons vu, la défense doit présenter une preuve d'expert en psychiatrie pour établir les fondements d'une défense d'automatisme. L'importance à accorder à une telle preuve, à l'étape de l'établissement des fondements, variera selon qu'elle établit l'existence d'antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme ou qu'elle ne fait que confirmer qu'une allégation d'automatisme est plausible à la condition que les faits relatés à l'expert par l'accusé soient exacts et véridiques. La même distinction est également pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer le facteur du risque subsistant pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été plongé constitue une maladie mentale. La preuve psychiatrique qui révèle des antécédents documentés d'états de dissociation apparentés à l'automatisme indique que l'état allégué par l'accusé est

The likelihood of recurrence of violence is in turn heightened by the fact that at least one of the accused's automatistic episodes involved violence. In such a case, the continuing danger factor indicates that the condition the accused claims to have suffered from is likely to be classified as a disease of the mind. I would note that the absence of a history of automatistic-like dissociative states in no way indicates that there will be no recurrence of violence. In such a case, the trial judge will have to determine the recurrence of violence issue through other methods, one of which may be an assessment of the likelihood of recurrence of the alleged trigger of the automatism.

In their Case Comment on *R. v. Parks* (1993), 72 *Can. Bar Rev.* 224, I. Grant and L. Spitz point out that in assessing the likelihood of recurrence of violence, courts have been asking the wrong question. Courts have been focussing on whether the accused is likely to exhibit violent behaviour if he or she were again to encounter the alleged trigger of the current automatistic episode. According to Grant and Spitz, a more appropriate question is simply whether the alleged trigger is likely to recur. Grant and Spitz reason that there is no way of accurately predicting whether actual violence will recur. Indeed the likelihood of the initial automatistic violence would generally have been remote and thus difficult to predict. In contrast, the likelihood of recurrence of the circumstances which are alleged to have given rise to the automatism is more easily predicted (see pp. 235-36).

The logic of the reasoning of Grant and Spitz is difficult to deny. Indeed, it reveals that an assessment of the likelihood that the particular accused will again encounter the trigger alleged to have caused the current automatistic episode, or a similar one of at least equal severity, may assist a judge in assessing the continuing danger factor. The greater the anticipated frequency of the trigger in the accused's life, the greater the risk posed to the public and, consequently, the more likely it is that

récurrent et accroît donc la probabilité de récurrence de l'automatisme. La probabilité de récurrence de la violence est, à son tour, accrue du fait qu'au moins un des épisodes d'automatisme de l'accusé comportait de la violence. Dans un tel cas, le facteur du risque subsistant indique que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été plongé est susceptible d'être qualifié de maladie mentale. Je tiens à souligner que l'absence d'antécédents d'états de dissociation apparentés à l'automatisme n'indique nullement qu'il n'y aura aucune récurrence de violence. Le cas échéant, le juge du procès devra trancher la question de la récurrence de violence par d'autres moyens, dont l'évaluation de la probabilité de récurrence de l'élément qui aurait déclenché l'automatisme.

Dans leur commentaire de l'arrêt *R. v. Parks* (1993), 72 *R. du B. can.* 224, I. Grant et L. Spitz soulignent que les tribunaux posent la mauvaise question en évaluant la probabilité de récurrence de la violence. Les tribunaux se concentrent sur la question de savoir si l'accusé est susceptible d'adopter un comportement violent s'il se retrouve en présence de l'élément qui aurait déclenché l'épisode d'automatisme en cause. Selon Grant et Spitz, il convient davantage de se demander simplement si l'élément déclencheur est susceptible de se présenter de nouveau. Elles estiment qu'il n'y a aucun moyen de prédire exactement si la violence se répétera ou non. En fait, la première manifestation de violence dans un état d'automatisme est généralement inopinée et, par conséquent, difficile à prévoir. Par contre, il est plus facile d'évaluer la probabilité de récurrence des circonstances qui auraient déclenché l'automatisme (voir pp. 235 et 236).

La logique du raisonnement de Grant et Spitz est difficile à nier. En effet, elle révèle que l'évaluation de la probabilité que l'accusé en question se retrouve en présence de l'élément qui aurait déclenché l'état d'automatisme dans lequel il a été plongé, ou d'un élément semblable tout au moins aussi grave, peut aider le juge à jauger le facteur du risque subsistant. Plus élevée est la fréquence prévue de l'élément déclencheur dans la vie de l'accusé, plus grand est le risque couru par le

216

217

the condition alleged by the accused is a disease of the mind.

### (3) Other Policy Factors

218 There may be cases in which consideration of the internal cause and continuing danger factors alone does not permit a conclusive answer to the disease of the mind question. Such will be the case, for example, where the internal cause factor is not helpful because it is impossible to classify the alleged cause of the automatism as internal or external, and the continuing danger factor is inconclusive because there is no continuing danger of violence. Accordingly, a holistic approach to disease of the mind must also permit trial judges to consider other policy concerns which underlie this inquiry. As mentioned above, in *Rabey* and *Parks*, this Court outlined some of the policy concerns which surround automatism. I have already referred to those specific policy concerns earlier in these reasons. I repeat that I do not view those policy concerns as a closed category. In any given automatism case, a trial judge may identify a policy factor which this Court has not expressly recognized. Any such valid policy concern can be considered by the trial judge in order to determine whether the condition the accused claims to have suffered from is a disease of the mind. In determining this issue, policy concerns assist trial judges in answering the fundamental question of mixed law and fact which is at the centre of the disease of the mind inquiry: whether society requires protection from the accused and, consequently, whether the accused should be subject to evaluation under the regime contained in Part XX.1 of the *Code*.

#### H. *Available Defences Following the Determination of the Disease of the Mind Question*

219 If the trial judge concludes that the condition the accused claims to have suffered from is not a disease of the mind, only the defence of non-mental disorder automatism will be left with the trier of

public, et, par conséquent, plus il est probable que l'état allégué par l'accusé est une maladie mentale.

### (3) Autres facteurs d'ordre public

Il peut y avoir des cas où l'examen des facteurs de la cause interne et du risque subsistant ne permet pas, à lui seul, de répondre de façon définitive à la question de la maladie mentale. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le facteur de la cause interne n'est d'aucune utilité parce qu'il est impossible de qualifier d'interne ou d'externe la cause alléguée de l'automatisme, et lorsque le facteur du risque subsistant n'est pas concluant parce qu'il n'y a aucun risque subsistant de violence. Par conséquent, une façon globale d'aborder la question de la maladie mentale doit aussi permettre au juge du procès de tenir compte des autres préoccupations d'ordre public qui sous-tendent cet examen. Comme nous l'avons vu, notre Cour a, dans *Rabey* et *Parks*, exposé certaines préoccupations d'ordre public au sujet de l'automatisme. Je les ai déjà mentionnées expressément dans les présents motifs. Je répète que je ne considère pas que ces préoccupations sont exhaustives. Il se peut que, dans un cas donné d'automatisme, le juge du procès décèle un facteur d'ordre public que notre Cour n'a pas expressément reconnu. Le juge du procès peut tenir compte de toute préoccupation valable de cette nature pour déterminer si l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été est une maladie mentale. En tranchant cette question, des préoccupations d'ordre public aident le juge du procès à répondre à la question fondamentale de droit et de fait fondamentale qui est au cœur de l'examen de la question de la maladie mentale: celle de savoir si la société a besoin d'être protégée contre l'accusé et, par conséquent, si ce dernier devrait faire l'objet d'une évaluation selon le régime établi dans la partie XX.1 du *Code*.

#### H. *Moyens de défense susceptibles d'être invoqués à la suite d'une décision sur la question de la maladie mentale*

Si le juge du procès conclut que l'état dans lequel l'accusé allègue avoir été n'est pas une maladie mentale, seule la défense d'automatisme sans troubles mentaux pourra être soumise à

fact as the trial judge will have already found that there is evidence upon which a properly instructed jury could find that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. The question for the trier of fact will then be whether the defence has proven that the accused acted involuntarily on a balance of probabilities. A positive answer to this question by the trier of fact will result in a successful defence of non-mental disorder automatism and, consequently, an absolute acquittal.

I would note that in his instructions to the jury on the voluntariness issue in cases of non-mental disorder automatism, the trial judge should begin by thoroughly reviewing the serious policy factors which surround automatism, including concerns about feignability and the repute of the administration of justice. It will also be helpful for the trial judge to refer specifically to evidence relevant to the issue of involuntariness, such as: the severity of the triggering stimulus, corroborating evidence of bystanders, corroborating medical history of automatistic-like dissociative states, whether there is evidence of a motive for the crime, and whether the alleged trigger of the automatism is also the victim of the automatistic violence.

On the other hand, if the trial judge concludes that the alleged condition is a disease of the mind, only mental disorder automatism will be left with the trier of fact. The case will then proceed like any other s. 16 case, leaving for the trier of fact the question of whether the defence has proven, on a balance of probabilities, that the accused suffered from a mental disorder which rendered him or her incapable of appreciating the nature and quality of the act in question. As mentioned earlier, s. 16 provides a framework within which the protection of

l'appréciation du juge des faits, car le juge du procès aura déjà conclu qu'il existe une preuve qui permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. Il appartient alors au juge des faits de décider si la défense a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé a agi involontairement. S'il répond à cette question par l'affirmative, la défense d'automatisme sans troubles mentaux sera alors retenue, entraînant ainsi l'acquiescement pur et simple.

Je tiens à faire remarquer que, dans ses directives au jury sur la question du caractère volontaire dans les cas d'automatisme sans troubles mentaux, le juge du procès devrait commencer par examiner en profondeur les facteurs importants d'ordre public qui entourent l'automatisme, y compris les préoccupations relatives à la possibilité de simulation et à la considération dont l'administration de la justice doit jouir. Il sera également utile au juge du procès de renvoyer expressément à la preuve pertinente relativement à la question du caractère involontaire, comme l'intensité de l'élément déclencheur, le témoignage corroborant d'observateurs, les antécédents médicaux corroborants d'états de dissociation apparentés à l'automatisme, la question de savoir s'il y a preuve de l'existence d'un mobile du crime et celle de savoir si la personne qui aurait déclenché l'état d'automatisme est également la victime de la violence qui en a résulté.

Par contre, si le juge du procès conclut que l'état allégué est une maladie mentale, seule la défense d'automatisme avec troubles mentaux sera soumise à l'appréciation du juge des faits. L'affaire sera dès lors instruite comme toute autre cause comportant l'application de l'art. 16, et il appartiendra au juge des faits de trancher la question de savoir si la défense a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé était atteint de troubles mentaux qui le rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte reproché. Comme nous l'avons vu, l'art. 16 fournit un cadre dans lequel la protection du public est

220

221

the public will be assured when mental disorder automatism is established.

222

The trier of fact's determination of whether an accused has made out a successful claim of mental disorder automatism will absorb the question of whether the accused in fact acted involuntarily. That is, if the trial judge concludes that the allegation of automatism, if genuine, could only have resulted from a disease of the mind, a finding that the accused was not suffering from a mental disorder by the trier of fact necessarily extinguishes the validity of the accused's claim of involuntariness. Viscount Kilmuir L.C. put it this way in *Bratty*, *supra*, at p. 403:

Where the possibility of an unconscious act depends on, and only on, the existence of a defect of reason from disease of the mind within the M'Naughten Rules, a rejection by the jury of this defence of insanity necessarily implies that they reject the possibility.

See also *Bratty*, *supra*, at pp. 404, 415 and 417-18; and *Rabey* (Ont. C.A.), *supra*, at pp. 24-25, *per* Martin J.A.

#### I. Application to the Present Case

223

At trial, the appellant claimed both mental disorder and non-mental disorder automatism. The learned trial judge concluded that the appellant had established a proper foundation for a defence of automatism, but that only mental disorder automatism should be left with the jury. In coming to these conclusions, the trial judge did not have the benefit of these reasons to guide him. Nevertheless, this does not warrant allowing the appeal because, as I explain below, the approach taken by the trial judge did not impair the appellant's position.

224

In determining whether the appellant had established a proper foundation for a defence of automatism, the trial judge stated that there must be evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime. As I have explained above, automatism is more properly defined as

assurée lorsque l'automatisme avec troubles mentaux est établi.

En décidant si l'accusé a allégué avec succès l'automatisme avec troubles mentaux, le juge des faits se prononcera par la même occasion sur la question de savoir si celui-ci a effectivement agi involontairement. En d'autres termes, dans le cas où le juge du procès conclut que l'automatisme allégué, en supposant qu'il a été allégué à juste titre, ne peut avoir résulté que d'une maladie mentale, la conclusion du juge des faits que l'accusé n'était pas atteint de troubles mentaux invalide nécessairement toute alléguation de caractère involontaire par l'accusé. Le vicomte Kilmuir exprime cela en ces termes dans *Bratty*, précité, à la p. 403:

[TRADUCTION] Lorsque la possibilité d'un acte inconscient dépend, et ce uniquement, de l'existence d'une défaillance de la raison découlant d'une maladie mentale selon les règles de M'Naughten, le rejet par le jury de la défense d'aliénation mentale implique nécessairement le rejet de cette possibilité.

Voir également *Bratty*, précité, aux pp. 404, 415, 417 et 418, et *Rabey* (C.A. Ont.), précité, aux pp. 24 et 25, le juge Martin.

#### I. Application à la présente affaire

Au procès, l'appelant a allégué à la fois l'automatisme avec troubles mentaux et l'automatisme sans troubles mentaux. Le juge du procès a conclu que l'appelant avait établi les fondements d'une défense d'automatisme, mais que seul l'automatisme avec troubles mentaux devait être soumis à l'appréciation du jury. Quand il a tiré ces conclusions, le juge du procès ne bénéficiait pas des présents motifs pour le guider. Ce n'est toutefois pas une raison d'accueillir le pourvoi, car, comme je vais l'expliquer plus loin, la méthode suivie par le juge du procès n'a pas nui à la position de l'appelant.

En déterminant si l'appelant avait établi les fondements d'une défense d'automatisme, le juge du procès a affirmé qu'il devait y avoir une preuve de perte de conscience tout au long de la perpétration du crime. Comme je l'ai déjà expliqué, l'automatisme est mieux défini comme un état de

impaired consciousness, rather than unconsciousness. Furthermore, lack of voluntariness, rather than consciousness, is the key legal element of automatism. Accordingly, the trial judge should have concerned himself with assessing whether there was evidence that the appellant experienced a state of impaired consciousness in which he had no voluntary control over his actions rather than whether there was evidence that the appellant was unconscious throughout the commission of the crime. Obviously, unconsciousness as defined by the trial judge supposes involuntariness. However, his finding that there was evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime may have been based on a misunderstanding of the nature of the evidentiary burden on the accused at the proper foundation stage.

In accordance with much of the jurisprudence at the time, the trial judge may have found that a proper foundation for automatism had been established because the defence had met an evidentiary burden which amounted to no more than the appellant's claim of involuntariness and confirming expert psychiatric evidence. There is no indication that he assessed whether the defence had raised evidence on which a properly instructed jury could find that the appellant acted involuntarily on a balance of probabilities. Likewise, there is no indication that the trial judge recognized the limited weight to be accorded to the psychiatric evidence in this case, which only served to confirm that the appellant's claim of automatism was plausible provided the account of events he provided to Dr. Janke was accurate and truthful. Nor did the trial judge discuss the relevance of motive or corroborating evidence on his conclusion that a proper foundation for automatism had been established.

Turning to the disease of the mind stage of the automatism analysis, I note that the evidence in this case raised only one alleged cause of automatism, Donna Stone's words. Based on this evidence, the trial judge found that only mental disorder automatism should be left with the jury. This

conscience diminué que comme une perte de conscience. En outre, c'est l'absence de caractère volontaire, et non la perte de conscience, qui constitue l'élément juridique principal de l'automatisme. Par conséquent, le juge du procès aurait dû se demander s'il y avait une preuve que l'appellant s'était trouvé dans un état de conscience diminué où il n'avait pas la maîtrise de ses actes, au lieu de se demander s'il existait une preuve que l'appellant avait été inconscient tout au long de la perpétration du crime. De toute évidence, la perte de conscience définie par le juge du procès suppose l'absence de caractère volontaire. Toutefois, il se peut que sa conclusion qu'il y avait une preuve de perte de conscience tout au long de la perpétration du crime ait été fondée sur une méprise quant à la nature de la charge de présentation qui incombe à l'accusé à l'étape de l'établissement des fondements.

Conformément à une bonne partie de la jurisprudence de l'époque, le juge du procès a pu conclure que les fondements de l'automatisme avaient été établis parce que la défense s'était acquittée d'une charge de présentation qui ne correspondait à rien de plus que l'allégation de caractère involontaire par l'appellant, confirmée par la preuve d'expert d'un psychiatre. Rien n'indique qu'il s'est demandé si la défense avait soumis une preuve qui aurait permis à un jury ayant reçu des directives appropriées de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'appellant avait agi involontairement. De même, rien n'indique que le juge du procès a reconnu l'importance limitée à accorder à la preuve psychiatrique en l'espèce, qui ne faisait que confirmer que l'automatisme allégué par l'appellant était plausible à la condition que les faits qu'il avait relatés au Dr Janke soient exacts et véridiques. Le juge du procès n'a pas non plus analysé la pertinence du mobile ni celle de la preuve corroborante en concluant que les fondements de l'automatisme avaient été établis.

Abordant maintenant l'étape de l'analyse de l'automatisme concernant la maladie mentale, je souligne qu'une seule cause d'automatisme était alléguée en preuve dans la présente affaire, à savoir les paroles de Donna Stone. Compte tenu de cette preuve, le juge du procès a décidé que seul

conclusion was based primarily on a finding that the present case is indistinguishable from *MacLeod, supra*. Such reliance on precedent fails to reveal what effect, if any, the internal cause factor, the continuing danger factor and other policy factors had on the decision to leave only mental disorder automatism with the jury. This is not in accordance with the holistic approach to the disease of the mind question set out in these reasons. However, the internal cause factor and the continuing danger factor, as well as the other policy factors set out in this Court's decisions in *Rabey* and *Parks* all support the trial judge's finding that the condition the appellant alleges to have suffered from is a disease of the mind in the legal sense. In particular, the trigger in this case was not, in the words of Martin J.A. quoted in this Court's decision in *Rabey*, at p. 520, "extraordinary external events" that would amount to an extreme shock or psychological blow that would cause a normal person, in the circumstances of the accused, to suffer a dissociation in the absence of a disease of the mind. Accordingly, I find that the trial judge nevertheless reached the correct result on the disease of the mind question. As previously noted, in such a case, only mental disorder automatism must be put to the jury. There is no reason to go beyond the facts of this case in applying the rules discussed above.

l'automatisme avec troubles mentaux devait être soumis à l'appréciation du jury. Cette décision reposait essentiellement sur la conclusion que la présente affaire ne peut pas être distinguée de l'affaire *MacLeod*, précitée. Le fait de s'en remettre ainsi à un précédent ne révèle pas la nature de l'incidence que le facteur de la cause interne, le facteur du risque subsistant et d'autres facteurs d'ordre public ont pu avoir sur la décision de ne soumettre à l'appréciation du jury que la défense d'automatisme avec troubles mentaux. Cela est incompatible avec la façon globale, exposée dans les présents motifs, d'aborder la question de la maladie mentale. Toutefois, les facteurs de la cause interne et du risque subsistant, de même que les autres facteurs d'ordre public énoncés dans les arrêts *Rabey* et *Parks* de notre Cour, appuient tous la conclusion du juge du procès que l'état dans lequel l'appellant allègue avoir été plongé est une maladie mentale au sens juridique. En particulier, l'élément déclencheur en l'espèce n'était pas, pour reprendre les termes du juge Martin cités dans l'arrêt *Rabey* de notre Cour, à la p. 520, un [TRADUCTION] «événement externe extraordinaire» qui, en l'absence de maladie mentale, équivaldrait à un traumatisme extrême ou à un choc psychologique qui provoquerait un état de dissociation chez une personne normale dans la situation de l'accusé. En conséquence, je conclus que le juge du procès est néanmoins arrivé au bon résultat sur la question de la maladie mentale. Comme je l'ai souligné précédemment, seul l'automatisme avec troubles mentaux doit être soumis à l'appréciation du jury dans un tel cas. Il n'y a aucune raison d'aller au-delà des faits de la présente affaire en appliquant les règles analysées plus haut.

227

In the end, I must conclude that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred in the present case. Even if I had found that the trial judge erred in applying the evidentiary burden at the proper foundation stage of the automatism analysis, this error could only have benefitted the appellant. Although the trial judge did not apply the holistic approach to disease of the mind established in these reasons, he reached the correct result on this issue. There is no reasonable possibility that the verdict would have been different

Finalement, je me dois de conclure qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits en l'espèce. Même si j'avais conclu que le juge du procès a commis une erreur en appliquant la charge de présentation à l'étape de l'analyse de l'automatisme consistant à en établir les fondements, cette erreur n'aurait pu que bénéficier à l'appellant. Bien que le juge du procès n'ait pas adopté la façon globale, établie dans les présents motifs, d'aborder la question de la maladie mentale, il est arrivé au bon résultat à cet égard.

had the errors not been made; see *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599. I would therefore dismiss this ground of appeal.

2. Did the Court of Appeal err in holding that there was no miscarriage of justice when the defence report of Dr. Janke was ordered disclosed to the Crown?

I concur with the reasons of Binnie J. on this ground of appeal.

3. (a) Did the Court of Appeal err in principle in deciding that the sentencing judge was entitled to consider provocation as a mitigating factor for manslaughter where the same provocation, through the operation of s. 232 of the *Code* had already reduced the stigma and penalty of an intentional killing from murder to manslaughter?

- (b) Did the Court of Appeal err in upholding a demonstrably unfit sentence that failed to reflect the gravity of the offence properly and the moral culpability of the offender?

#### J. *Standard of Appellate Review of Sentencing*

The Crown's appeal of the seven-year sentence imposed by the sentencing judge in the present case must be considered in light of this Court's jurisprudence surrounding the appropriate standard of appellate review of sentencing. Section 687(1) of the *Code* provides a statutory right of appeal of sentence. It reads:

**687.** (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

- (a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or
- (b) dismiss the appeal.

Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence des erreurs commises; voir *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599. Je suis donc d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'aucune erreur judiciaire n'a été commise lorsque la communication au ministère public du rapport préparé pour la défense par le Dr Janke a été ordonnée?

Je souscris aux motifs du juge Binnie quant à ce moyen d'appel.

3. a) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de principe en décidant que le juge qui a infligé la peine pouvait considérer la provocation comme un facteur atténuant relativement à l'homicide involontaire coupable, alors que cette même provocation avait déjà permis, en vertu de l'art. 232 du *Code criminel*, de réduire de meurtre à homicide involontaire coupable le stigmate et la sanction liés à un homicide volontaire?

- b) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant une peine manifestement inappropriée qui ne reflétait pas correctement la gravité de l'infraction ni la culpabilité morale de son auteur?

#### J. *La norme de contrôle de la sentence en appel*

L'appel interjeté par le ministère public contre la peine de sept ans d'emprisonnement infligée en l'espèce par le juge du procès doit être examiné à la lumière de la jurisprudence de notre Cour portant sur la norme de contrôle de la sentence en appel. Le paragraphe 687(1) du *Code* prévoit un droit d'appel de la sentence:

**687.** (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

- a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;
- b) soit rejeter l'appel.

230

In *Shropshire*, *supra*, this Court considered the standard of appellate review authorized by s. 687(1). Speaking for a unanimous Court, Iacobucci J. concluded, at pp. 249-50, that appellate courts do not have free reign to modify sentence orders simply because they would themselves have imposed a different sentence. Rather, variation of sentence should only be made if an appellate court is convinced that a sentence is “not fit” or “clearly unreasonable” (p. 249). This deferential standard of appellate review must be adhered to as long as the trial judge did not err in principle, fail to consider a relevant factor or over-emphasize the appropriate factors. In *M. (C.A.)*, *supra*, Lamer C.J., also speaking for the Court, confirmed this deferential standard of appellate review of sentences and noted at p. 567:

For these reasons, consistent with the general standard of review we articulated in *Shropshire*, I believe that a court of appeal should only intervene to minimize the disparity of sentences where the sentence imposed by the trial judge is in substantial and marked departure from the sentences customarily imposed for similar offenders committing similar crimes. [Emphasis added.]

See also *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, at paras. 15-17.

231

With this standard of appellate review of sentencing in mind, I will now assess the Crown’s arguments against the seven-year sentence imposed by the sentencing judge in the present case.

#### K. *Error in Principle*

##### (1) Provocation as a Mitigating Factor for Manslaughter

232

The Crown and intervening Attorney General for Ontario argue that the sentencing judge erred in principle when he considered provocation as a mitigating factor after s. 232 of the *Code* had reduced

Dans l’arrêt *Shropshire*, précité, notre Cour a étudié la norme de contrôle en appel permise par le par. 687(1). Le juge Iacobucci a conclu, au nom de la Cour à l’unanimité, aux pp. 249 et 250, qu’une cour d’appel n’a pas toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu’elle aurait elle-même infligé une peine différente. Au contraire, il n’y a lieu de modifier la peine que si la cour d’appel est convaincue qu’elle n’est «pas indiquée» ou qu’elle est «nettement déraisonnable» (p. 249). Cette norme de contrôle en appel fondée sur la retenue doit être appliquée dans la mesure où le juge du procès n’a commis aucune erreur de principe, n’a pas omis de prendre en considération un facteur pertinent ni trop insisté sur les facteurs appropriés. Dans l’arrêt *M. (C.A.)*, précité, le juge en chef Lamer a confirmé, également au nom de la Cour, l’application de cette norme de contrôle des peines en appel, fondée sur la retenue, soulignant, à la p. 567:

Pour ces motifs, conformément à la norme générale de contrôle que nous avons formulée dans *Shropshire*, je crois qu’une cour d’appel ne devrait intervenir afin de réduire au minimum la disparité entre les peines que dans les cas où la peine infligée par le juge du procès s’écarte de façon marquée et substantielle des peines qui sont habituellement infligées à des délinquants similaires ayant commis des crimes similaires. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, aux par. 15 à 17.

Gardant à l’esprit cette norme de contrôle de la sentence en appel, je vais maintenant soulever les arguments du ministère public en fonction de la peine de sept ans infligée en l’espèce par le juge du procès.

#### K. *Erreur de principe*

##### (1) La provocation comme facteur atténuant en matière d’homicide involontaire coupable

Le ministère public et l’intervenant, le procureur général de l’Ontario, soutiennent que le juge qui a infligé la peine a commis une erreur de principe en considérant la provocation comme un facteur atténuant, une fois le verdict de meurtre réduit à un verdict d’homicide involontaire coupable en

a verdict of murder to one of manslaughter. For ease of reference, I reproduce s. 232 here:

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

As explained by Fraser C.J. in *R. v. Laberge* (1995), 165 A.R. 375 (C.A.), even for impulsive killings, there are different degrees of moral culpability. This Court has recognized that the broad sentencing range for manslaughter set out in s. 236 of the *Code* accords with the principle that punishment must be meted out with regard to the moral culpability or blameworthiness of an offender; see *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, at p. 647, per Lamer C.J., and *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at pp. 48-49, per McLachlin J.

application de l'art. 232 du *Code*, que je reproduis ci-dessous pour en faciliter la consultation:

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir:

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

Comme l'a expliqué le juge en chef Fraser, dans *R. c. Laberge* (1995), 165 A.R. 375 (C.A.), même dans le cas des homicides impulsifs, il existe différents degrés de culpabilité morale. Notre Cour a reconnu que la vaste gamme de peines qui, en vertu de l'art. 236 du *Code*, peuvent être infligées dans le cas d'un homicide involontaire coupable est conforme au principe que la peine doit être imposée en fonction du degré de culpabilité morale du délinquant; voir *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, à la p. 647, le juge en chef Lamer, et *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, aux pp. 48 et 49, le juge McLachlin.

234

In reaching a sentence which accurately reflects a particular offender's moral culpability, the sentencing judge must consider all of the circumstances of the offence, including whether it involved provocation. Indeed, I agree with Finch J.A. in the court below, that to ignore the defence of provocation accepted by the jury, and the evidence upon which that defence was based, would be to ignore probative evidence of an offender's mental state at the time of the killing.

235

In a case involving manslaughter pursuant to s. 232 of the *Code*, however, the Crown and Attorney General for Ontario argue that provocation should not be considered in sentencing because it has already reduced the legal character of the crime from murder to manslaughter. According to this argument, considering provocation at the sentencing stage in such a case would reduce the offender's moral culpability and thereby reduce his or her sentence. This would, it is argued, give the offender a "double benefit" for the provoked nature of the killing. The Crown relies primarily on Manitoba cases in which that province's Court of Appeal refused to consider intoxication and provocation as mitigating factors when those factors had already served to reduce convictions of murder to manslaughter; see, for example, *R. v. Campbell* (1991), 70 Man. R. (2d) 158 (C.A.), and *R. v. Woermann* (1992), 81 Man. R. (2d) 255 (C.A.).

236

The defence of provocation applies only to the offence of murder. Historically, this limited defence was meant to guard against the unfair application of the death penalty. Even though the death penalty is no longer used as a punishment for murder, there is continued need for the limited defence of provocation. Because both first and second degree murder carry a minimum sentence of life imprisonment under s. 235 of the *Code*, judges have no discretion to consider provocation as a mitigating factor in determining appropriate

Pour fixer une peine qui reflète fidèlement la culpabilité morale d'un délinquant, le juge qui l'inflige doit tenir compte de toutes les circonstances de l'infraction, y compris la question de savoir s'il y a eu provocation. En fait, je partage l'avis exprimé par le juge Finch de la Cour d'appel dans la présente affaire, selon lequel ne pas tenir compte de la défense de provocation retenue par le jury, et de la preuve sur laquelle elle reposait, reviendrait à ne pas tenir compte d'une preuve probante de l'état d'esprit du contrevenant au moment de l'homicide.

Le ministère public et le procureur général de l'Ontario soutiennent toutefois que, dans les cas d'homicide involontaire coupable visés par l'art. 232 du *Code*, la provocation ne devrait pas entrer en ligne de compte pour fixer la peine parce qu'elle a déjà entraîné une réduction de la qualification juridique du crime, de meurtre à homicide involontaire coupable. Selon cet argument, considérer la provocation à l'étape de la détermination de la peine dans ces cas aurait pour effet de réduire la culpabilité morale du contrevenant et, par le fait même, la peine qui lui serait infligée. Cela, soutient-on, conférerait au contrevenant un «double avantage» du fait que l'homicide a résulté d'une provocation. Le ministère public s'appuie principalement sur des arrêts manitobains où la Cour d'appel a refusé de considérer l'intoxication et la provocation comme des facteurs atténuants lorsque ces éléments avaient déjà contribué à réduire une déclaration de culpabilité de meurtre à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable; voir, par exemple, *R. c. Campbell* (1991), 70 Man. R. (2d) 158 (C.A.), et *R. c. Woermann* (1992), 81 Man. R. (2d) 255 (C.A.).

La défense de provocation s'applique uniquement à l'infraction de meurtre. Historiquement, ce moyen de défense limité visait à écarter l'imposition injuste de la peine de mort. Bien que la peine capitale ne soit plus imposée dans le cas d'un meurtre, le moyen de défense limité fondé sur la provocation conserve son utilité. Étant donné que les infractions de meurtre au premier degré et de meurtre au deuxième degré comportent une peine minimale d'emprisonnement à perpétuité en vertu de l'art. 235 du *Code*, les juges n'ont pas le

sentences for these offences. Section 232 remedies this problem. In cases involving provocation, s. 232 permits a verdict of murder to be reduced to one of manslaughter, for which there is no minimum penalty unless a firearm was used in the commission of the offence (s. 236). This in turn allows for the consideration of provocation in the assessment of the offender's moral culpability and hence in the determination of an appropriate sentence. It is Parliament that has chosen to accord special attention to provocation.

It follows that an accused does not gain a "double benefit" if provocation is considered in sentencing after a verdict of manslaughter has been rendered by operation of s. 232. Rather, s. 232 provides an accused with a single benefit which can be characterized as a reduction of a verdict of murder to one of manslaughter in order to allow for the consideration of the provoked nature of the killing in the determination of an appropriate sentence. Accordingly, to give s. 232 full effect, provocation must be considered in sentencing in cases where this section of the *Code* has been invoked. The sentencing judge was therefore correct in considering provocation as a mitigating factor in the present case. The argument that the provocation factor was spent because it had already served to reduce the legal character of the crime overlooks the purpose of s. 232 and therefore must fail.

## (2) Failure to Consider Appropriate Factors

The Crown and Attorneys General of Canada and for Ontario argue that the seven-year sentence imposed by the trial judge in the present case fails to reflect society's current understanding and awareness of the problem of violence against women in general, and, in particular, domestic violence. More specifically, they argue that the sentencing judge erred in failing to recognize that

pouvoir discrétionnaire de considérer la provocation comme un facteur atténuant dans la détermination de la peine appropriée pour ces infractions. L'article 232 remédie à ce problème. Dans le cas où il y a eu provocation, l'art. 232 permet de réduire un verdict de meurtre à un verdict d'homicide involontaire coupable qui n'est assorti d'aucune peine minimale, sauf si une arme à feu a été utilisée pour perpétrer l'infraction (art. 236), ce qui permet de tenir compte de la provocation pour apprécier la culpabilité morale du contrevenant et, partant, pour déterminer la peine appropriée. C'est le législateur qui a choisi d'accorder une attention particulière à la provocation.

Il s'ensuit qu'un accusé ne bénéficie pas d'un «double avantage» si la provocation est prise en considération lors de la détermination de sa peine, une fois qu'il a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en application de l'art. 232. Cet article accorde plutôt à l'accusé un seul avantage que l'on peut décrire comme la réduction d'un verdict de meurtre à un verdict d'homicide involontaire coupable, afin de permettre la prise en considération du fait que l'homicide a été causé par une provocation pour déterminer la peine appropriée. En conséquence, pour appliquer pleinement l'art. 232, il faut tenir compte de la provocation pour fixer la peine dans les cas où cette disposition du *Code* a été invoquée. Le juge qui a infligé la peine a donc eu raison de considérer la provocation comme un facteur atténuant en l'espèce. L'argument que le facteur de la provocation était épuisé parce qu'il avait déjà contribué à réduire la qualification juridique du crime ne tient pas compte de l'objet de l'art. 232 et il doit donc être rejeté.

## (2) Omission de tenir compte des facteurs appropriés

Le ministère public et les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario font valoir que la peine de sept ans infligée, en l'espèce, par le juge du procès ne reflète pas la sensibilisation de la société au problème de la violence faite aux femmes, en général, et à celui de la violence familiale, en particulier, ni la compréhension qu'elle en a actuellement. Ils soutiennent plus précisément que

237

238

killing a spouse is considered an aggravating factor in sentencing in accordance with s. 718.2(a)(ii) of the *Code*. Section 718.2(a)(ii) reads:

**718.2** A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

. . . .

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child . . .

shall be deemed to be aggravating circumstances . . . .

The Attorneys General of Canada and for Ontario request that this Court specifically recognize spousal killings as an aggravating factor in sentencing under s. 718.2(a)(ii).

239

It is incumbent on the judiciary to bring the law into harmony with prevailing social values. This is also true with regard to sentencing. To this end, in *M. (C.A.)*, *supra*, Lamer C.J. stated, at para. 81:

The objective of denunciation mandates that a sentence should also communicate society's condemnation of that particular offender's conduct. In short, a sentence with a denunciatory element represents a symbolic, collective statement that the offender's conduct should be punished for encroaching on our society's basic code of values as enshrined within our substantive criminal law. . . . Our criminal law is also a system of values. A sentence which expresses denunciation is simply the means by which these values are communicated. In short, in addition to attaching negative consequences to undesirable behaviour, judicial sentences should also be imposed in a manner which positively instills the basic

le juge qui a infligé la peine n'a pas reconnu que l'homicide sur la personne d'un conjoint est considéré comme étant un facteur aggravant en matière de détermination de la peine conformément au sous-al. 718.2a)(ii) du *Code*, que voici:

**718.2** Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

. . . .

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

Les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario demandent à notre Cour de reconnaître expressément que l'homicide sur la personne d'un conjoint constitue un facteur aggravant en matière de détermination de la peine en vertu du sous-al. 718.2a)(ii).

Il incombe à la magistrature d'harmoniser le droit aux valeurs sociales contemporaines. Cela est également vrai en ce qui concerne la détermination de la peine. À cet égard, le juge en chef Lamer a tenu les propos suivants, dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 81:

Pour sa part, l'objectif de réprobation commande que la peine indique que la société condamne la conduite de ce contrevenant. Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. [. . .] Notre droit criminel est également un système de valeurs. La peine qui exprime la réprobation de la société est uniquement le moyen par lequel ces valeurs sont communiquées. En résumé, en plus d'attacher des conséquences négatives aux comportements indésirables, les peines infligées par les tribunaux devraient également être infligées d'une manière propre à enseigner de manière positive la gamme fondamentale des valeurs communes que partagent l'ensemble des Canadiens et des Canadiennes et

set of communal values shared by all Canadians as expressed by the *Criminal Code*. [Emphasis in original.]

This Court's jurisprudence also indicates that the law must evolve to reflect changing social values regarding the status between men and women; see *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

In *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, this Court recognized the "historical trend of violence perpetrated by men against women" (p. 877). More specifically, in *Lavallee*, *supra*, at p. 872, the growing social awareness of the problem of domestic violence was recognized by this Court. In my opinion, these cases indicate that prevailing social values mandate that the moral responsibility of offenders be assessed in the context of equality between men and women in general, and spouses in particular. Clearly, spousal killings involve the breach of a socially recognized and valued trust and must be recognized as a serious aggravating factor under s. 718.2(a)(ii).

Turning to the present case, I would note that s. 718.2(a)(ii) of the *Code* did not come into force until September 3, 1996, approximately nine months after sentencing occurred in this case. Given that the *Code* cannot be retroactively applied to the disadvantage of an accused, the sentencing judge's treatment of the spousal nature of the killing must be assessed in light of the common law treatment of this factor prior to the implementation of s. 718.2(a)(ii). In my opinion, there is ample authority for the proposition that courts considered a spousal connection between offender and victim to be an aggravating factor in sentencing at common law; see *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1 (C.A.); *R. v. Brown* (1992), 13 C.R. (4th) 346 (Alta. C.A.); *R. v. Pitkeathly* (1994), 29 C.R. (4th) 182 (Ont. C.A.); *R. v. Jackson* (1996),

qui sont exprimées par le *Code criminel*. [Souligné dans l'original.]

Il ressort aussi de la jurisprudence de notre Cour que le droit doit évoluer de manière à refléter les valeurs sociales changeantes en matière de rapports entre hommes et femmes; voir *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Dans *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, notre Cour a reconnu la «tendance historique à la violence des hommes envers les femmes» (p. 877). Plus précisément, dans l'arrêt *Lavallee*, précité, à la p. 872, la Cour a reconnu la sensibilisation accrue de la société au problème de la violence familiale. Selon moi, ces arrêts indiquent que les valeurs sociales contemporaines exigent que la responsabilité morale des contrevenants soit appréciée dans le contexte de l'égalité des hommes et des femmes, en général, et des conjoints, en particulier. Il est clair que l'homicide sur la personne d'un conjoint implique un abus de la confiance reconnue et valorisée par la société et doit être reconnu comme un important facteur aggravant en vertu du sous-al. 718.2a)(ii).

Pour revenir au présent pourvoi, je tiens à souligner que le sous-al. 718.2a)(ii) du *Code* n'est entré en vigueur que le 3 septembre 1996, soit environ neuf mois après le prononcé de la sentence en l'espèce. Étant donné que le *Code* ne peut pas s'appliquer rétroactivement au détriment d'un accusé, la façon dont le juge qui a infligé la peine a traité le fait qu'il s'agissait d'un homicide sur la personne d'un conjoint doit être évaluée en fonction de la façon dont la common law traitait ce facteur avant l'entrée en vigueur du sous-al. 718.2a)(ii). Selon moi, une abondante jurisprudence appuie la thèse voulant que les tribunaux aient considéré le lien conjugal entre le contrevenant et la victime comme un facteur aggravant en matière de détermination de la peine en common law; voir *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1 (C.A.); *R. c. Brown* (1992), 13 C.R. (4th) 346 (C.A. Alb.); *R. c. Pitkeathly* (1994), 29 C.R. (4th) 182 (C.A. Ont.);

240

241

106 C.C.C. (3d) 557 (Alta. C.A.); *R. v. Edwards* (1996), 28 O.R. (3d) 54 (C.A.).

*R. c. Jackson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Alb.); *R. c. Edwards* (1996), 28 O.R. (3d) 54 (C.A.).

242

In the present case, the sentencing judge, Brenner J., had the benefit of also presiding over the trial of this matter. He could hardly have been unaware of the spousal relationship between the offender and the victim in this case. Furthermore, he heard the Crown's submissions on sentence, which specifically identified this offence as one of domestic violence. In its submissions, the Crown brought the alarming rate of domestic violence and need for general deterrence to the judge's attention. It also pointed out that women are particularly susceptible to being victims of domestic violence and that social concern surrounding this type of offence is growing. In his reasons for sentence, Brenner J. specifically identified the offence as one of domestic violence and noted that he viewed general deterrence as the principle concern in this sentencing. Furthermore, the two authorities he found most applicable, *Archibald*, *supra*, and *Eklund*, *supra*, both involved spousal manslaughter. In my opinion, the Crown has failed to establish that the sentencing judge did not properly consider the domestic nature of this offence in reaching his decision on sentence. This ground of appeal must therefore fail.

### (3) Fitness of the Sentence

#### (a) *Sentencing Range for Provoked, Spousal Manslaughter*

243

The Crown and the intervening Attorneys General of Canada and for Ontario argue that the sentence in the present case is unfit because the trial judge relied on an inappropriate sentencing range established by the British Columbia Court of Appeal for provoked, spousal manslaughter in *Archibald*. In *Archibald*, McEachern C.J. stated, at p. 304:

En l'espèce, le juge Brenner, qui a infligé la peine, a eu l'avantage de présider également l'instruction de l'affaire. Il pouvait difficilement ne pas être au courant de l'existence d'un lien conjugal entre le contrevenant et la victime en l'espèce. De plus, il a entendu les observations du ministère public sur la peine, qui décrivaient expressément l'infraction comme une infraction de violence familiale. Dans ses observations, le ministère public a porté à l'attention du juge le taux alarmant de cas de violence familiale et le besoin de dissuasion générale. Il a également souligné que les femmes sont particulièrement vulnérables à la violence familiale et que la société se préoccupe de plus en plus de ce problème. Dans ses motifs à l'appui de la peine infligée, le juge Brenner a expressément décrit l'infraction comme étant une infraction de violence familiale et a fait remarquer qu'il considérait que la dissuasion générale était le but principal de la peine en l'espèce. De plus, dans les deux arrêts les plus pertinents selon lui, à savoir *Archibald* et *Eklund*, précités, il était question d'homicide involontaire coupable sur la personne d'un conjoint. J'estime que le ministère public n'a pas établi que le juge du procès a omis de prendre dûment en considération le caractère familial de l'infraction en décidant de la peine. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté.

### (3) Caractère indiqué de la peine

#### a) *L'échelle des peines pour l'homicide involontaire coupable sur la personne d'un conjoint, causé par une provocation*

Le ministère public et les intervenants, les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario, prétendent que la peine infligée en l'espèce n'est pas indiquée parce que le juge du procès s'est appuyé sur une échelle de peines inappropriée que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établie, dans l'arrêt *Archibald*, relativement à l'homicide involontaire coupable sur la personne d'un conjoint, causé par une provocation. Dans *Archibald*, le juge en chef McEachern affirme, à la p. 304:

For this kind of manslaughter, the cases we have been given, and my own experience as a sentencing judge, persuade me the modern range is from suspended sentence to something less than eight years, although it is wrong to assume there is any precise range that will apply to every case.

One function of appellate courts is to minimize disparity of sentences in cases involving similar offences and similar offenders; see *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 92, and *McDonnell*, *supra*, at para. 16, *per* Sopinka J. In carrying out this function, appellate courts may fix ranges for particular categories of offences as guidelines for lower courts. However, in attempting to achieve uniformity, appellate courts must not interfere with sentencing judges' duty to consider all relevant circumstances in sentencing; see *McDonnell*, *supra*, at para. 43, *per* Sopinka J.; and at para. 66, *per* McLachlin J. In *Archibald*, McEachern C.J. clearly stated, at p. 304, that it would be wrong to assume that there is any "precise range that will apply to every case". In my opinion, this qualification reveals that the Court of Appeal in *Archibald* correctly intended for trial judges to balance uniformity in sentencing with their duty to consider the circumstances of the particular case.

This Court's decision in *McDonnell*, *supra*, highlights the need for clarity on the part of appellate courts in setting ranges for offences. More specifically, McLachlin J., in dissent, stated that appellate courts must clearly specify what categories of offences are meant to be covered by a starting point (para. 104). Although the majority, *per* Sopinka J., did not expressly identify this need for clarity in the classification of offences, it did agree that appellate courts may set starting points as guides for lower courts. In my opinion, a clarity requirement must be read into this appellate court authority because such guides would not be useful without a clear description of the category created and the logic behind the starting point appropriate to it. The same need for clear direction applies to

[TRADUCTION] En ce qui concerne ce genre d'homicide involontaire coupable, la jurisprudence qui nous a été soumise et l'expérience que j'ai acquise, comme juge, en matière de détermination de la peine me convainquent que l'échelle moderne des peines va de la condamnation avec sursis jusqu'à un peu moins de huit ans, bien qu'il soit incorrect de présumer qu'il existe une échelle précise applicable à tous les cas.

L'une des tâches des cours d'appel est réduire au minimum la disparité des peines infligées à des contrevenants similaires pour des infractions similaires; voir *M. (C.A.)*, précité, au par. 92, et *McDonnell*, précité, au par. 16, le juge Sopinka. En s'acquittant de cette tâche, les cours d'appel peuvent établir des échelles de peines relatives à certaines catégories d'infractions, en vue de guider les tribunaux d'instance inférieure. Toutefois, les cours d'appel ne doivent pas, au nom de l'uniformité, modifier l'obligation qu'ont les juges de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes en infligeant la peine; voir *McDonnell*, précité, au par. 43, le juge Sopinka, et au par. 66, le juge McLachlin. Dans *Archibald*, le juge en chef McEachern a clairement affirmé, à la p. 304, qu'il serait incorrect de présumer l'existence d'une «échelle précise applicable à tous les cas». Selon moi, cette réserve montre que la Cour d'appel, dans *Archibald*, a voulu à juste titre que les juges du procès établissent un équilibre entre l'uniformité des peines et leur obligation de prendre en considération les circonstances de chaque affaire.

L'arrêt *McDonnell*, précité, de notre Cour fait ressortir le besoin de précision de la part des cours d'appel lorsqu'elles établissent des échelles de peines pour des infractions. Plus particulièrement, le juge McLachlin a affirmé dans ses motifs de dissidence que les cours d'appel doivent préciser clairement à quelles catégories d'infractions s'appliquera un point de départ (par. 104). Bien que la Cour à la majorité, sous la plume du juge Sopinka, n'ait pas expressément noté ce besoin de précision dans la classification des infractions, elle a convenu que les cours d'appel peuvent établir des points de départ pour guider les tribunaux d'instance inférieure. À mon avis, il faut considérer que ce pouvoir des cours d'appel comporte une exigence de précision, car de telles indications

ranges set by appellate courts. However, in *Archibald*, McEachern C.J. simply refers, at p. 304, to “this kind of manslaughter”. Furthermore, the “kind” of manslaughter McEachern C.J. was referring to is not discernable from the facts of the case. Both provocation and intoxication were left with the jury in *Archibald*. The jury returned a verdict of manslaughter, but did not specify which of these factors had influenced its verdict. As a result, the category of offences McEachern C.J. intended the above-mentioned range to apply to is unclear. Indeed, McEachern C.J. specifically noted in his reasons that the trial judge, without making a specific finding, expressed the view that the stronger likelihood was that the jury acted on drunkenness rather than provocation (p. 303). Accordingly, it cannot be said with any certainty that the range set out in *Archibald* is applicable to cases involving provoked, spousal manslaughter like the present appeal. It is therefore unnecessary to assess the reasonableness of that sentencing range in this case.

seraient inutiles sans une description claire de la catégorie créée et de la logique sous-jacente au point de départ qui lui est propre. Les cours d’appel sont tenues à la même précision lorsqu’elles établissent des échelles de peines. Toutefois, dans *Archibald*, à la p. 304, le juge en chef McEachern mentionne simplement [TRADUCTION] «ce genre d’homicide involontaire coupable». De plus, les faits de l’affaire ne permettaient pas de savoir de quel «genre» d’homicide involontaire coupable parlait le juge en chef McEachern. Dans *Archibald*, les questions de l’intoxication et de la provocation ont été soumises à l’appréciation du jury. Celui-ci a prononcé un verdict d’homicide involontaire coupable, sans toutefois préciser lequel de ces facteurs avait influencé son verdict. Par conséquent, on ne sait pas clairement à quelle catégorie d’infractions le juge en chef McEachern entendait appliquer l’échelle de peines susmentionnée. En fait, il a précisé, dans ses motifs, que le juge du procès s’était dit d’avis, sans le conclure expressément, qu’il était plus probable que le jury s’était fondé sur l’état d’ivresse plutôt que sur la provocation (p. 303). En conséquence, on ne saurait affirmer avec certitude que l’échelle établie dans *Archibald* s’applique à l’homicide involontaire coupable sur la personne d’un conjoint, causé par une provocation, comme c’est le cas dans le présent pourvoi. Il est donc inutile d’évaluer le caractère raisonnable de cette échelle de peines en l’espèce.

246

There being no applicable range set by the Court of Appeal, it is necessary to determine whether the sentence was influenced negatively by factors unrelated to recognized sentencing principles and whether all of the appropriate factors were considered. In this case, I must however first consider the argument of the Crown and the Attorney General for Ontario that “double counting” of provocation is responsible for driving sentencing ranges for cases involving provoked, spousal manslaughter into the lower end of the spectrum available for manslaughter, and that this resulted in an inadequate sentence.

Vu l’absence d’échelle applicable établie par la Cour d’appel, il faut déterminer si des facteurs étrangers aux principes reconnus de détermination de la peine ont eu une influence négative sur le choix de la peine et si tous les facteurs appropriés ont été examinés. En l’espèce, je dois cependant commencer par examiner l’argument du ministère public et du procureur général de l’Ontario, selon lequel, si l’échelle des peines pour l’homicide involontaire coupable sur la personne d’un conjoint, causé par une provocation, se retrouve à l’extrémité inférieure de l’éventail des peines qui peuvent être infligées pour un homicide involontaire coupable, c’est en raison de la [TRADUCTION] «double prise en considération» de la provocation, qui est donc à l’origine de la peine insuffisante qui a été infligée.

The argument that “double counting” of provocation is responsible for the sentencing range in cases involving provoked, spousal manslaughter fails to recognize that provocation is just one factor to be considered in assessing what end of the manslaughter sentencing range is approached in the circumstances of a particular case. Personal characteristics of the offender, as well as other circumstances surrounding the offence, such as the manner and method by which it was carried out, must also be considered. The words of Fraser C.J. in *Laberge*, *supra*, at p. 382, are apposite:

Therefore, the court must look not only at the physical characterization of the act itself, but must assess a range of other considerations. These include the choice of weapon used to effect the unlawful act, the degree of force the offender used in perpetrating the act, the extent of the victim’s injuries, the degree of violence or brutality, the existence of any additional gratuitous violence, the degree of deliberation involved in the act, the extent to which the act reflected forethought of action or planning, the complexity of the act, what, if anything, provoked the act, the time taken to perpetrate the act and the element of chance involved in the resulting death.

It is clear that provocation is merely one of numerous factors which will be considered in the assessment of an appropriate sentence for manslaughter pursuant to s. 232. It therefore cannot be said that cases involving provocation will always involve findings of insignificant moral culpability or that low range sentences can be attributed solely to the provocation factor.

(b) *Inadequate Sentence*

The Crown’s final argument is that the seven-year sentence imposed in the present case is simply inadequate and therefore clearly unreasonable. The Crown points to a number of aggravating factors in support of this ground of appeal. It also argues that the sentencing judge made unreasonable

L’argument voulant que la «double prise en considération» de la provocation soit à l’origine de l’échelle des peines pour l’homicide involontaire coupable sur la personne d’un conjoint, causé par une provocation, ne tient pas compte du fait que la provocation ne constitue que l’un des facteurs à considérer pour déterminer à quelle extrémité de l’échelle des peines pour homicide involontaire coupable il faut se référer selon les faits particuliers de l’affaire. Les caractéristiques personnelles du contrevenant et les autres circonstances entourant l’infraction, telle la façon dont elle a été commise et le moyen utilisé pour la commettre, doivent aussi entrer en ligne de compte. Les propos tenus par le juge en chef Fraser, dans l’arrêt *Laberge*, précité, à la p. 382, sont pertinents à cet égard:

[TRADUCTION] En conséquence, la cour doit non seulement examiner la qualification physique de l’acte même, mais encore évaluer toute une gamme d’autres facteurs, dont le choix de l’arme utilisée pour accomplir l’acte illégal, la force utilisée par le contrevenant pour l’accomplir, l’importance des blessures causées à la victime, le degré de violence ou de brutalité, l’existence d’autres actes de violence gratuite, le caractère plus ou moins délibéré de l’acte, la mesure dans laquelle cet acte se révèle prémédité ou planifié, la complexité de l’acte, les éléments qui l’ont provoqué, le cas échéant, le temps pris pour accomplir l’acte en question et le fait que le décès puisse être le fruit du hasard.

Il est clair que la provocation n’est que l’un des nombreux facteurs qui seront pris en considération pour évaluer la peine qu’il convient d’infliger pour un homicide involontaire coupable en vertu de l’art. 232. On ne peut donc pas affirmer que les cas où il est question de provocation mènent toujours à une conclusion de culpabilité morale négligeable ni que les peines moins sévères résultent uniquement du facteur de la provocation.

b) *Peine insuffisante*

Le dernier argument du ministère public veut que la peine de sept ans infligée en l’espèce soit tout simplement insuffisante et donc manifestement déraisonnable. Le ministère public évoque un certain nombre de facteurs aggravants à l’appui de ce moyen d’appel. Il soutient également que le

247

248

249

findings of fact. While I may have been inclined to impose a slightly more onerous sentence given the nature of the offence committed, this is not a valid reason for this Court to interfere with the sentence. In my opinion, the Crown has failed to discharge its burden to demonstrate that the sentencing judge's assessment of the facts in this case and the relevant authorities was clearly unreasonable. This ground of appeal must therefore fail.

### VII. Conclusions and Disposition

250 In the first appeal, I have concluded that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. I would therefore affirm the conviction and dismiss the appeal.

251 In the second appeal, I agree with the Court of Appeal that the sentencing judge was aware of the aggravating and mitigating factors in this case and considered the relevant sentencing principles in reaching the sentence he imposed. Consequently, I would dismiss the Crown's sentence appeal and affirm the sentence imposed by the sentencing judge.

*Appeal from conviction dismissed, LAMER C.J. and IACOBUCCI, MAJOR and BINNIE JJ. dissenting. Appeal against sentence dismissed.*

*Solicitors for Bert Thomas Stone: Singleton Urquhart Scott, Vancouver.*

*Solicitor for Her Majesty the Queen: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

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

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

juge qui a infligé la peine a tiré des conclusions de fait déraisonnables. Même si j'avais pu être enclin à imposer une peine légèrement plus lourde, compte tenu de la nature de l'infraction commise, cela ne justifie pas notre Cour de modifier la peine infligée. J'estime que le ministère public ne s'est pas acquitté de son obligation de démontrer le caractère manifestement déraisonnable de l'évaluation des faits de l'affaire et de la jurisprudence pertinente par le juge qui a infligé la peine. Ce moyen d'appel doit donc être rejeté.

### VII. Conclusions et dispositif

En ce qui concerne le premier pourvoi, j'ai conclu qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne se sont produits. Je suis donc d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité et de rejeter le pourvoi.

Quant au second pourvoi, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge qui a infligé la peine était conscient des facteurs aggravants et atténuants en cause dans la présente affaire et qu'il a pris en considération les principes pertinents de détermination de la peine pour décider de la peine à infliger. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public contre la peine et de confirmer la peine infligée par le juge du procès.

*Pourvoi contre la déclaration de culpabilité rejeté, le juge en chef LAMER et les juges IACOBUCCI, MAJOR et BINNIE sont dissidents. Pourvoi contre la peine infligée rejeté.*

*Procureurs de Bert Thomas Stone: Singleton Urquhart Scott, Vancouver.*

*Procureur de Sa Majesté la Reine: Gil D. McKinnon, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

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

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



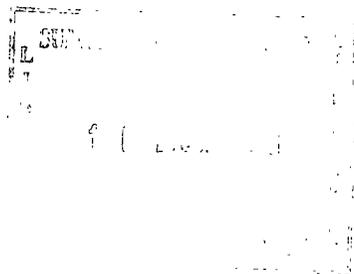


*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur.  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 1999 Vol. 2**

**3<sup>e</sup> cahier, 1999 Vol. 2**

**Cited as [1999] 2 S.C.R. 417-624**

**Renvoi [1999] 2 R.C.S. 417-624**

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports  
CLAUDE MARQUIS, L.L.L., D.D.N.

Associate Editor  
ODILE CALDER

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk  
MANON PLOUFFE

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 1999.

## CONTENTS

### **Bazley v. Curry**..... 534

Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Child sexually abused while in residential care facility — Whether organization operating facility vicariously liable for employee's sexual assault of child — Whether non-profit employers should be exempted from liability.

Employment law — Liability of employers — Intentional torts of employees — Child sexually abused while in residential care facility — Whether organization operating facility vicariously liable for employee's tortious conduct.

### **Hickey v. Hickey**..... 518

Family law — Support — Variation of spousal and child support — Objectives of spousal support and variation orders —

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil  
CLAUDE MARQUIS, L.L.L., D.D.N.

Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

Arrêtistes  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Commis au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1999.

## SOMMAIRE

### **Bazley c. Curry**..... 534

Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant agressé sexuellement alors qu'il était traité dans un établissement de soins pour bénéficiaires internes — La responsabilité du fait d'autrui de l'organisme qui exploite l'établissement en cause est-elle engagée en raison de l'agression sexuelle d'un enfant par son employé? — L'employeur qui est un organisme sans but lucratif devrait-il être exonéré de toute responsabilité?

Employeur et employé — Responsabilité de l'employeur — Délit intentionnel d'un employé — Enfant agressé sexuellement alors qu'il était traité dans un établissement de soins pour bénéficiaires internes — La responsabilité du fait d'autrui de l'organisme qui exploite l'établissement en cause est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de son employé?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Effects of inflation — Motions judge's award varied on appeal — Approach to be taken by appellate courts in reviewing spousal and child support orders — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(1), (4), (7), (8).

### **Jacobi v. Griffiths** ..... 570

Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Children sexually abused by employee of boys' and girls' club — Most of assaults occurring at employee's home — Whether club vicariously liable for employee's sexual assault of children.

Employment law — Liability of employers — Intentional torts of employees — Children sexually abused by employee of boys' and girls' club — Most of assaults occurring at employee's home — Whether club vicariously liable for employee's tortious conduct.

### **R. v. G. (B.)** ..... 475

Criminal law — Evidence — Mental disorder — Protected statements — Admissibility — Accused charged with various sexual offences — Accused's mental condition assessed by psychiatrist — Accused's testimony at trial inconsistent with protected statement made to psychiatrist — Criminal Code providing that protected statement admissible in such a case for purpose of challenging accused's credibility — Protected statement tied to out-of-court statement made to police and ruled inadmissible at outset of trial — Whether protected statement also inadmissible — If so, whether it may be used to challenge accused's credibility — Interpretation of s. 672.21(3)(f) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

### **R. v. White** ..... 417

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Accused charged under Criminal Code with leaving scene of accident — Provincial legislation requiring persons involved in traffic accident to complete accident report — Whether accused's statements made under compulsion in traffic report admissible in criminal proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1), (2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 252(1)(a) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 61(1), (1.1), (7).

## SOMMAIRE (Fin)

### **Hickey c. Hickey** ..... 518

Droit de la famille — Pension alimentaire — Modification de la pension alimentaire du conjoint et des enfants — Objectifs des ordonnances alimentaires rendues au profit du conjoint et des ordonnances modificatives — Effets de l'inflation — Modification en appel de l'ordonnance alimentaire rendue par le juge saisi de la requête — Approche que doivent adopter les cours d'appel appelées à réviser les ordonnances alimentaires au profit du conjoint et des enfants — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 17(1), (4), (7), (8).

### **Jacobi c. Griffiths** ..... 570

Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfants agressés sexuellement par un employé d'un club de jeunes garçons et de jeunes filles — Agressions survenues en majeure partie au domicile de l'employé — La responsabilité du fait d'autrui du club est-elle engagée en raison de l'agression sexuelle d'enfants par l'employé?

Employeur et employé — Responsabilité de l'employeur — Délit intentionnel d'un employé — Enfants agressés sexuellement par un employé d'un club de jeunes garçons et de jeunes filles — Agressions survenues en majeure partie au domicile de l'employé — La responsabilité du fait d'autrui du club est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de l'employé?

### **R. c. G. (B.)** ..... 475

Droit criminel — Preuve — Troubles mentaux — Déclarations protégées — Admissibilité — Accusé inculpé de diverses infractions d'ordre sexuel — Évaluation de l'état mental de l'accusé faite par un psychiatre — Témoignage de l'accusé au procès incompatible avec la déclaration protégée qu'il a faite au psychiatre — Code criminel prévoyant l'admissibilité d'une déclaration protégée dans un tel cas pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé — Déclaration protégée liée à une déclaration extrajudiciaire faite à la police et déclarée inadmissible au début du procès — La déclaration protégée est-elle également inadmissible? — Dans l'affirmative, peut-elle être utilisée pour attaquer la crédibilité de l'accusé? — Interprétation de l'art. 672.21(3)(f) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

### **R. c. White** ..... 417

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Accusée inculpée en vertu du Code criminel d'avoir quitté les lieux d'un accident — Loi provinciale obligeant les personnes impliquées dans un accident de la circulation à faire une déclaration d'accident — Les déclarations de l'accusée faites en vertu de l'obligation de déclarer les accidents de la circulation sont-elles admissibles dans des procédures criminelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1), (2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 252(1)a) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 61(1), (1.1), (7).

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Joann Kimberley White** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WHITE

File No.: 26473.

1998: November 13; 1999: June 10.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Accused charged under Criminal Code with leaving scene of accident — Provincial legislation requiring persons involved in traffic accident to complete accident report — Whether accused's statements made under compulsion in traffic report admissible in criminal proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1); (2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 252(1)(a) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 61(1), (1.1), (7).*

The respondent was involved in an accident and reported it to the police by telephone the next day. A police officer attended at her home and she told him her version of the accident. The officer then read her *Charter* rights to her. The respondent then spoke to her lawyer and subsequently advised the officer that she, on her lawyer's advice, would not provide a statement with respect to the accident. In response to a question by the officer, the respondent confirmed some elements of her previous statements. The officer then advised her, however, that even though she was not required to provide a written statement, she would be required to provide a statement, if requested by the police, under the *Motor Vehicle Act* and that that statement could not be used against her in court. The respondent was later charged with failing to stop at the scene of an accident under s. 252(1)(a) of the *Criminal Code*. At trial, the Crown sought to adduce evidence of the three conversations that the respondent had had with the police; elements of the conversations linked the respondent to the accident. On a *voir dire*, the respondent stated that she knew immediately on being involved in an accident that she

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Joann Kimberley White** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. WHITE

N° du greffe: 26473.

1998: 13 novembre; 1999: 10 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Accusée inculpée en vertu du Code criminel d'avoir quitté les lieux d'un accident — Loi provinciale obligeant les personnes impliquées dans un accident de la circulation à faire une déclaration d'accident — Les déclarations de l'accusée faites en vertu de l'obligation de déclarer les accidents de la circulation sont-elles admissibles dans des procédures criminelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1), (2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 252(1)a) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 61(1), (1.1), (7).*

L'intimée a été impliquée dans un accident et l'a déclaré à la police par téléphone le lendemain. Un policier s'est rendu chez elle et elle lui a relaté sa version de l'accident. Le policier lui a alors lu les droits que lui garantit la *Charte*. L'intimée a parlé à son avocat puis elle a informé le policier que, suivant l'avis de son avocat, elle ne ferait pas de déclaration relativement à l'accident. En réponse à une question du policier, l'intimée a confirmé certains éléments de ses déclarations antérieures. Le policier l'a cependant informée par la suite que, même si elle n'était pas tenue de faire une déclaration écrite, elle devait faire une déclaration en vertu de la *Motor Vehicle Act*, si la police le lui demandait, et que cette déclaration ne pouvait pas être utilisée contre elle devant un tribunal. Par la suite, l'intimée a été accusée d'avoir fait défaut d'arrêter lors d'un accident en vertu de l'al. 252(1)a) du *Code criminel*. Au procès, le ministre public a tenté de présenter en preuve les trois conversations que l'intimée avait eues avec la police; des éléments de ces conversations liaient l'intimée à l'accident. Au cours d'un *voir-dire*, l'intimée a affirmé savoir dès la survenance de l'accident qu'elle était tenue de le

was under a duty to report it. She stated that she felt the officer had attended at her premises to take an accident report and that she was under a duty to speak to him about the accident and that she felt so obligated even after speaking with her lawyer.

The trial judge, even though he found the respondent's statements to be voluntary, allowed a defence motion as to an infringement of s. 7 (self-incrimination as part of fundamental justice) and excluded the statements under s. 24(1) (appropriate and just remedy) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A motion to dismiss the charge on the basis that the Crown had adduced no evidence as to the identity of the person driving the vehicle involved in the accident was granted. The Court of Appeal dismissed a Crown appeal on the s. 7 issue. The primary issue here is whether the admission into evidence in a criminal trial of statements made by the accused under compulsion of the *Motor Vehicle Act* offends the principle against self-incrimination embodied in s. 7 of the *Charter*.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.: Statements made under compulsion of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* are inadmissible in criminal proceedings against the declarant. Their admission in a criminal trial would violate the principle against self-incrimination, which is one of the fundamental principles of justice protected by s. 7 of the *Charter*. The respondent's statements to the police in this case were made under compulsion.

Several self-incrimination concerns were present here. Firstly, while the state should not be perceived as being coercive in requiring drivers to report motor vehicle accidents, the concern with protecting human freedom which underlies the principle against self-incrimination cannot be considered to be entirely absent in this context. Secondly, the vesting of responsibility for taking accident reports in the police transforms what might otherwise be a partnership relationship into one that is adversarial, for the police officer can simultaneously be investigating a possible crime where the driver is a suspect. The driver is generally in the officer's immediate physical presence at the time of giving the accident report, resulting in a context of psychological and emotional pressure. Thirdly, the prospect of unreliable confessions is very real because accident reports are

déclarer. Elle a témoigné qu'elle était sous l'impression que le policier s'était rendu chez elle pour faire un rapport d'accident et qu'elle était tenue de lui parler, et qu'elle s'était sentie obligée de le faire même après avoir communiqué avec son avocat.

Bien qu'il ait conclu que les déclarations de l'intimée étaient volontaires, le juge du procès a accordé la requête de la défense fondée sur l'atteinte à l'art. 7 (principe de justice fondamentale interdisant l'auto-incrimination) et a écarté les déclarations en vertu du par. 24(1) (réparation convenable et juste) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une requête en rejet de l'accusation alléguant que le ministère public n'avait produit aucune preuve quant à l'identité du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident, a été accordée. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public sur la question relative à l'art. 7. La principale question est de savoir si l'utilisation, dans un procès criminel, de déclarations faites par un accusé en vertu d'une obligation imposée par la *Motor Vehicle Act* contrevient au principe interdisant l'auto-incrimination contenu dans l'art. 7 de la *Charte*.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie: Les déclarations requises par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* ne peuvent pas être utilisées dans des poursuites criminelles contre leur auteur. Leur utilisation dans un procès criminel contreviendrait au principe interdisant l'auto-incrimination, qui est un des principes de justice fondamentale que protège l'art. 7 de la *Charte*. En l'espèce, les déclarations de l'intimée à la police ont été faites sous la contrainte de la loi.

Plusieurs des préoccupations relatives à l'auto-incrimination étaient présentes en l'espèce. Premièrement, s'il n'y a pas lieu de percevoir l'obligation de déclarer les accidents de la circulation comme une coercition de l'État, il ne faut pas ignorer complètement, dans ce contexte, le souci de protéger la liberté humaine qui est à la base du principe interdisant l'auto-incrimination. Deuxièmement, le fait de confier à la police la responsabilité de recueillir les déclarations d'accident a pour effet de transformer ce qui pourrait autrement être un partenariat en une relation de nature contradictoire, car le policier peut enquêter en même temps sur une infraction possible à l'égard de laquelle le conducteur est un suspect. Le conducteur se trouve généralement en présence immédiate du policier au moment de faire une déclaration d'accident et il en

frequently given directly to a police officer who might be seen as a person in authority and whose physical presence might cause a person to produce a statement in circumstances where that person is not willing to speak and where there may be a strong incentive to provide a false statement. Fourthly, the possibility is real and serious that permitting the use of compelled accident reports within criminal proceedings might increase the likelihood of abusive conduct by the state. The police can question a person suspected of a motor vehicle offence but if they wish to use this information in a criminal proceeding the information must not be provided pursuant to the *Motor Vehicle Act*. Finally, an accident report is a personal narrative and its use to incriminate clearly affects the declarant's dignity. The reduced expectation of privacy in a vehicle generally is irrelevant.

The protection afforded by the principle against self-incrimination does not vary according to the relative importance of the self-incriminatory information sought to be used. If s. 7 is engaged by the circumstances surrounding the admission of a compelled statement, the concern with self-incrimination applies in relation to all of the information transmitted in the compelled statement. Immunity against the use of an accident report in subsequent criminal proceedings is itself a balancing between society's goal of discerning the truth, and the fundamental importance for the individual of not being compelled to self-incriminate. The balance which must be struck in the context of the reporting provision of the *Motor Vehicle Act* is between a driver's right not to be compelled to self-incriminate in criminal proceedings and the province's interest in highway safety.

A declarant under s. 61 of the *Motor Vehicle Act* will be protected by use immunity under s. 7 of the *Charter* only to the extent that the relevant statement may properly be considered compelled. The test for compulsion under s. 61(1) is whether, at the time that the accident was reported by the driver, the driver gave the report on the basis of an honest and reasonably held belief that he or she was required by law to report the accident to the person to whom the report was given. The basis of a subjective belief exists because compulsion implies an absence of consent. The requirement that the belief be

résulte un contexte de pression psychologique et émo-tive. Troisièmement, la perspective de confessions indignes de foi est très réelle parce que les déclarations d'accident sont fréquemment faites à un policier, qui est susceptible d'être considéré comme une personne en situation d'autorité dont le pouvoir et la présence physique peuvent induire une personne à faire une déclaration dans des circonstances où cette personne ne désire pas parler et où il peut y avoir une forte incitation à faire une fausse déclaration. Quatrièmement, il existe une possibilité réelle et sérieuse que permettre l'utilisation de déclarations obligatoires d'accident dans des procédures criminelles augmente la possibilité de conduite abusive de l'État. Les policiers peuvent interroger une personne soupçonnée d'une infraction de la route, mais s'ils veulent utiliser ces renseignements dans des procédures criminelles, ils ne doivent pas avoir été fournis en vertu de la *Motor Vehicle Act*. Enfin, une déclaration d'accident constitue une version personnelle de son auteur, et son utilisation pour l'incriminer affecte manifestement sa dignité. Les attentes moindres quant au caractère privé d'un véhicule sont sans pertinence.

La protection donnée par le principe interdisant l'auto-incrimination ne varie pas selon l'importance relative des renseignements incriminants que l'on cherche à utiliser. Si les circonstances entourant l'utilisation d'une déclaration forcée tombent sous l'application de l'art. 7, la préoccupation relative à l'auto-incrimination s'applique à l'ensemble des renseignements fournis dans cette déclaration. La création d'une immunité contre l'utilisation d'une déclaration d'accident dans des procédures criminelles ultérieures est elle-même la recherche d'un équilibre entre le but de la société de découvrir la vérité et l'importance fondamentale pour la personne de ne pas être contrainte de s'incriminer. L'équilibre recherché dans le contexte de l'obligation de déclarer les accidents prévue par la *Motor Vehicle Act* se situe entre le droit du conducteur de ne pas être forcé à s'incriminer dans le cadre de procédures criminelles et l'intérêt de la province dans la sécurité routière.

L'auteur d'une déclaration faite en vertu de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* n'est protégé par l'immunité contre son utilisation en vertu de l'art. 7 de la *Charte* que lorsque la déclaration peut être considérée comme faite sous la contrainte. La contrainte en vertu du par. 61(1) est établie si, au moment où il a déclaré l'accident, le conducteur avait la croyance sincère et raisonnable qu'il était légalement tenu de déclarer l'accident à la personne à qui il a fait la déclaration. Le fondement d'une croyance subjective existe parce que la contrainte comporte l'absence de consentement. L'exigence que la

reasonably held also relates to the meaning of compulsion.

The Crown does not bear the onus of establishing that an accident report was not made pursuant to the statutory duty to report. Rather, since the onus lies on the person raising the *Charter* challenge to establish an infringement of his or her rights, it is the accused who must establish on the balance of probabilities that the statement was compelled. The trial judge did not misapply the onus. His reasons reflected the uncontroversial view that once a *prima facie* case has been made with respect to an element of a *Charter* claim, it is left to the Crown to adduce evidence to rebut that *prima facie* case.

It may not be necessary to use s. 24(1) of the *Charter* in order to exclude evidence whose admission would render the trial unfair. Section 24(1), however, may appropriately be employed as a discrete source of a court's power to exclude such evidence. Here, exclusion was required. There was evidence on which the trial judge could reasonably have found the accused's statements to be compelled by s. 61 of the *Motor Vehicle Act*.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): In addition to their duty to receive a mandatory accident report, police officers also have the duty to investigate criminal conduct, such as the failure to stop at the scene of an accident. These different functions are not incompatible. However, when performing these various functions implies the risk of self-incrimination, the police must make efforts to clarify the purpose of their presence.

The principle against self-incrimination must be applied on a case-by-case basis and must begin with a concrete and contextual analysis in the circumstances. As stated by Iacobucci J., the proper test for determining whether the statements should be considered to have been made under the compulsion of s. 61 is whether, at the time the accident report was given, the driver gave the report on the basis of an honest and reasonably held belief that he or she was required by law to report the accident to the person to whom the report was given. The trial judge applied the wrong test and his findings, which were based on several errors of law, cannot stand.

There is evidence to conclude that the first two statements are inadmissible because they were made under statutory compulsion. The third, which was made after the police officer had informed the respondent of her s. 10(b) *Charter* rights and her right to silence is

croissance soit raisonnable est également liée à la signification de contrainte.

Le ministère public n'a pas le fardeau de démontrer qu'une déclaration d'accident n'a pas été faite en vertu de l'obligation imposée par la loi. Au contraire, étant donné qu'il incombe à la personne qui invoque la *Charte* de démontrer l'atteinte à ses droits, c'est l'accusé qui doit prouver selon la prépondérance des probabilités que la déclaration était forcée. Le juge du procès n'a pas mal appliqué le fardeau. Ses motifs reflétaient l'opinion non controversée que, dès qu'une preuve *prima facie* est présentée relativement à un élément d'une demande fondée sur la *Charte*, il revient au ministère public de réfuter cette preuve *prima facie*.

Il peut ne pas être nécessaire de recourir au par. 24(1) de la *Charte* pour écarter les éléments de preuve dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable. Toutefois, le par. 24(1) peut être utilisé comme source distincte du pouvoir du tribunal d'écarter ces éléments de preuve. En l'espèce, il fallait les écarter. Vu la preuve, le juge du procès pouvait raisonnablement conclure que les déclarations faites par l'intimée étaient forcées en vertu de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*.

*Le* juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Outre leur obligation de recevoir la déclaration obligatoire d'accident, les policiers ont l'obligation d'enquêter sur la conduite criminelle, tel le défaut de s'arrêter lors d'un accident. Ces différentes fonctions ne sont pas incompatibles. Toutefois, lorsque l'exercice de ces différentes fonctions crée un risque d'auto-incrimination, les policiers doivent s'efforcer de clarifier le motif de leur présence.

Le principe interdisant l'auto-incrimination doit être appliqué selon chaque cas et doit commencer par une analyse concrète et contextuelle de la situation. Comme l'a dit le juge Iacobucci, le test approprié pour déterminer si les déclarations devraient être considérées avoir été faites en vertu de l'obligation imposée par l'art. 61 est de savoir si, au moment où il a déclaré l'accident, le conducteur avait la croyance sincère et raisonnable qu'il était légalement tenu de déclarer l'accident à la personne à qui la déclaration a été faite. Le juge du procès a appliqué le mauvais test et ses conclusions, qui étaient fondées sur plusieurs erreurs de droit, ne sauraient être maintenues.

Il y a des éléments de preuve permettant de conclure que les deux premières déclarations sont inadmissibles parce qu'elles étaient requises par la loi. La troisième, faite après que le policier eut informé l'intimée de ses droits en vertu de l'al. 10(b) de la *Charte* et de son droit

admissible, since it was voluntary and freely made. In giving the warnings, the officer clearly indicated that the matter was serious and that he was starting a criminal investigation. Any ambiguity as to whether the officer was there to take a report under the Act was no longer present after the warning. The evidence must not only disclose that the respondent subjectively believed that she was under a statutory duty to report, but must also establish an objectively reasonable basis for that belief. No such objective basis was established here because the accused (1) was cautioned about her right to a lawyer, (2) contacted her lawyer who advised her not to make any comments and (3) told the officer that she would not make a statement about the accident. There is no rule prohibiting the use, for questioning purposes, of information gathered under a statutory duty to report or any information gathered otherwise.

### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Distinguished:** *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; **considered:** *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; **referred to:** *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Stillman*, [1994] B.C.J. No. 646 (QL); *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 98.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Schmutz*, [1990] 1 S.C.R.

de garder le silence, est admissible parce qu'elle était volontaire et faite librement. En faisant la mise en garde, le policier lui a clairement fait comprendre qu'il s'agissait d'une affaire grave et qu'il entreprenait une enquête criminelle. Après la mise en garde, il n'y avait plus d'ambiguïté quant à savoir si le policier était là pour recevoir une déclaration en application de la Loi. La preuve doit non seulement indiquer que l'intimée croyait subjectivement que la loi l'obligeait à faire une déclaration, mais elle doit aussi établir un fondement objectivement raisonnable à cette croyance. Un tel fondement objectif n'a pas été établi en l'espèce parce que l'accusée: 1) a été informée de son droit à l'avocat; 2) a communiqué avec son avocat qui lui a conseillé de ne faire aucune déclaration; 3) a dit au policier qu'elle ne ferait aucune déclaration relativement à l'accident. Aucune règle n'interdit l'utilisation, dans les questions des policiers, de renseignements recueillis en vertu d'une exigence légale de déclarer ou de renseignements recueillis autrement.

### Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

**Distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; **arrêts examinés:** *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; **arrêts mentionnés:** *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3d) 125; *R. c. Stillman*, [1994] B.C.J. No. 646 (QL); *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Schmutz*, [1990] 1 R.C.S.

398; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 10(b), 11(c), 13, 24(1), (2).  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(27).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 252(1)(a).  
*Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 61(1) [am. 1986, c. 19, s. 2; 1990, c. 71, s. 7], (1.1) [ad. 1990, c. 71, s. 7], (4) [am. 1986, c. 19, s. 2], (7) [*idem*], 69.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 122 C.C.C. (3d) 167, 13 C.R. (5th) 187, 32 M.V.R. (3d) 161, [1998] B.C.J. No. 82 (QL), dismissing an appeal from acquittal by Carlgren Prov. Ct. J. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*William F. Ehrcke, Q.C.*, for the appellant.

*Peter Burns*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

<sup>1</sup> IACOBUCCI J. — The primary question in this appeal is whether the admission into evidence in a criminal trial of statements made by the accused under compulsion of the British Columbia *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, offends the principle against self-incrimination as embodied in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

<sup>2</sup> The case involves a Crown appeal both with leave and as of right from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia, which dismissed the Crown's appeal from the respondent's acquittal on a charge of failure to stop at the scene of an accident under s. 252(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. At issue are three separate statements made to police by the respondent, purportedly pursuant to the duty set out in s. 61 of the *Motor Vehicle Act* to report a motor vehicle

398; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 10(b), 11(c), 13, 24(1), (2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 252(1)a).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27).  
*Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 61(1) [mod. par 1986, ch. 19, art. 2; 1990, ch. 71, art. 7], (1.1) [aj. par 1990, ch. 71, art. 7], (4) [mod. par 1986, ch. 19, art. 2], (7) [*idem*], 69.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 122 C.C.C. (3d) 167, 13 C.R. (5th) 187, 32 M.V.R. (3d) 161, [1998] B.C.J. No. 82 (QL), qui a rejeté l'appel de l'acquittement prononcé par le juge Carlgren de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*William F. Ehrcke, c.r.*, pour l'appelante.

*Peter Burns*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — La principale question du présent pourvoi est de savoir si l'utilisation, dans le cadre d'un procès criminel, de déclarations faites par un accusé en vertu d'une obligation imposée par la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 288, contrevient au principe interdisant l'auto-incrimination contenu dans l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi est interjeté à la fois sur autorisation et de plein droit par le ministère public contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté son appel contre l'acquittement de l'intimée de l'accusation, portée en vertu de l'al. 252(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, d'avoir fait défaut d'arrêter lors d'un accident. Le litige porte sur trois déclarations distinctes que l'intimée prétend avoir faites à la police en vertu de l'obligation prévue à l'art. 61 de

accident. The trial judge excluded the three statements under s. 24(1) of the *Charter*, on the basis that their admission into evidence would violate s. 7. The Crown argues that the admission of these statements would not have violated s. 7 of the *Charter*. The Crown also contests whether, in law, the three statements can all be considered to have been made pursuant to the statutory duty to report an accident.

### I. Factual Background

#### A. *The Respondent's Three Conversations with Police*

Around midnight on October 6, 1994, Lawrence O'Brien was changing a tire on the side of a local highway near Fernie, British Columbia, when he was struck by a passing vehicle. O'Brien was thrown several feet and died in hospital from his injuries a number of hours later. During their investigation into the accident, police observed that the driver's door of O'Brien's vehicle was dented and had fresh scrape marks on it. Plastic fragments from a broken yellow vehicle turn signal were strewn on the ground nearby.

During the morning of October 7, 1994, a telephone call came in to the R.C.M.P. detachment in Fernie from a woman who identified herself as Joann Wright or White. Corporal Dehmke testified that the woman advised him that she wanted to report an incident that had happened the night before, in which she had swerved to miss a deer on the road and had hit a jack and a man changing a tire. The woman stated that she had panicked and left the scene, and she asked Cpl. Dehmke how the man was. Cpl. Dehmke asked the caller for her birth date and address, which she provided. He advised the woman that an officer would soon attend at her address to speak with her. This was the first of three conversations which the respondent would have with police that morning.

la *Motor Vehicle Act* de déclarer tout accident d'automobile. Le juge du procès a écarté les trois déclarations, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, au motif que leur utilisation contreviendrait à l'art. 7. Le ministère public soutient que l'utilisation de ces déclarations n'aurait pas contrevenu à l'art. 7 de la *Charte*. Le ministère public soutient également qu'en droit, les trois déclarations ne peuvent pas toutes être considérées comme faites en vertu de l'obligation légale de déclarer un accident.

### I. Le contexte factuel

#### A. *Les trois conversations de l'intimée avec la police*

Vers minuit, le 6 octobre 1994, Lawrence O'Brien changeait un pneu sur le côté d'une route locale près de Fernie (Colombie-Britannique), lorsqu'il a été frappé par un véhicule. O'Brien, qui a été projeté plusieurs pieds plus loin, est mort des suites de ses blessures quelques heures plus tard à l'hôpital. Au cours de leur enquête sur l'accident, les policiers ont remarqué que la porte du côté conducteur du véhicule de O'Brien était enfoncée et qu'elle portait des éraflures récentes. Des débris de plastique provenant d'un clignotant jaune de véhicule étaient éparpillés sur le sol.

Dans la matinée du 7 octobre 1994, une femme s'identifiant comme Joann Wright ou White a téléphoné au détachement de la GRC à Fernie. Le caporal Dehmke a témoigné que la femme l'avait informé qu'elle voulait déclarer un accident survenu la nuit précédente, alors qu'elle avait viré brusquement pour éviter un chevreuil sur la route et avait heurté un cric et un homme qui changeait un pneu. La femme a déclaré qu'elle avait paniqué et quitté les lieux, et elle a demandé au caporal Dehmke dans quel état l'homme était. Le caporal Dehmke a demandé à l'auteur de l'appel sa date de naissance et son adresse, qu'elle a fournies. Il l'a informée qu'un policier se rendrait bientôt chez elle pour lui parler. C'était la première des trois conversations que l'intimée aurait avec la police ce matin-là.

3

4

5

About half an hour later, Sergeant Tait of the R.C.M.P. attended at the respondent's trailer. Sgt. Tait observed a blue Ford pickup truck outside the trailer, with noticeable damage to its right front corner. Sgt. Tait met the respondent outside and identified himself. The respondent asked him how the fellow from the accident was. Sgt. Tait informed her that the man had died. The respondent became very upset, and took about 10 minutes to regain her composure. The respondent told Sgt. Tait that she had swerved to miss hitting deer in the road and that she had hit a jack, panicked, and driven on. Sgt. Tait asked the respondent for her driver's licence, which she provided to him. Sgt. Tait then read the respondent her rights under s. 10(b) of the *Charter*, and warned her that she was not obliged to say anything but that anything she did say might be given in evidence. Sgt. Tait did not place the respondent under arrest, but indicated that he would like to talk to her outside once she had spoken to a lawyer, if she chose to do so. Sgt. Tait then went outside. This exchange was the second conversation between the respondent and police.

6

The respondent called a lawyer from a neighbour's trailer. About 45 minutes later she returned and got into the front seat of Sgt. Tait's police car. She said that she had spoken with a lawyer and that, on the lawyer's advice, she would not provide a statement with respect to the accident. Sgt. Tait told her she did not have to provide a written statement. He asked her if she had swerved to miss a deer, as she had said earlier. She replied: "Actually there were two. It was on the blind corner across from the mill at Galloway. I just swerved and I thought I hit the jack and I panicked. I'm sorry." Sgt. Tait informed the respondent of some of the charges she might face as a result of the accident. Sgt. Tait then told the respondent that even though she was not required to provide a written statement, she would be required to provide a statement, if requested to do so by police, under the British Columbia *Motor Vehicle Act*. He told the respondent that any statement she gave under the *Motor Vehicle Act* could not be used against her in court, but Sgt. Tait did

Environ une demi-heure plus tard, le sergent Tait de la GRC est arrivé à la roulotte de l'intimée. Près de la roulotte, le sergent Tait a remarqué un camion bleu de marque Ford dont le coin avant droit était visiblement endommagé. Le sergent Tait a rencontré l'intimée à l'extérieur et s'est identifié. L'intimée lui a demandé dans quel état se trouvait la victime de l'accident et il l'a informée que l'homme était mort. Cela a bouleversé l'intimée, qui prit environ 10 minutes pour retrouver son calme. L'intimée a dit au sergent Tait qu'elle avait tourné brusquement pour éviter un chevreuil sur la route, qu'elle avait heurté un cric, qu'elle avait paniqué et qu'elle avait poursuivi sa route. Le sergent Tait a demandé à l'intimée son permis de conduire qu'elle lui a remis. Il a alors lu à l'intimée ses droits, conformément à l'al. 10b) de la *Charte*, et l'a avertie qu'elle n'était pas obligée de dire quoi que ce soit, mais que tout ce qu'elle dirait pouvait servir de preuve. Le sergent Tait n'a pas arrêté l'intimée, mais il a mentionné qu'il aimerait lui parler dehors une fois qu'elle aurait communiqué avec un avocat, si elle le désirait. Il est alors sorti. Cet entretien est la deuxième conversation entre l'intimée et la police.

L'intimée est allée chez un voisin pour appeler un avocat. Elle est revenue environ 45 minutes plus tard et s'est assise à l'avant de l'auto-patrouille du sergent Tait. Elle a dit avoir parlé à un avocat et que, conformément à ses conseils, elle ne ferait aucune déclaration relativement à l'accident. Le sergent Tait lui a dit qu'elle n'était pas tenue de faire une déclaration écrite. Il lui a demandé si elle avait viré brusquement pour éviter un chevreuil, comme elle l'avait dit plus tôt. Elle a répondu: [TRADUCTION] «En fait, il y en avait deux. C'était à l'intersection cachée en face de l'usine à Galloway. J'ai tourné brusquement, j'ai pensé que j'avais heurté le cric et j'ai paniqué. Je suis désolée.» Le sergent Tait a informé l'intimée de quelques accusations qui pourraient être portées contre elle par suite de l'accident. Il lui a dit ensuite que, même si elle n'était pas tenue de faire une déclaration écrite, elle devait faire une déclaration en vertu de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, si la police le lui demandait. Il a dit à l'intimée qu'aucune déclaration faite

not expressly request a statement under the *Motor Vehicle Act* from the respondent. This was the respondent's third and final conversation with police on the morning of October 7, 1994.

Sgt. Tait seized the pickup truck that was in the respondent's driveway. The truck was later determined to be owned by the respondent's husband. The plastic fragments from the accident scene were matched to the damage to the truck's right front corner.

The respondent was charged under s. 252(1)(a) of the *Code* with the offence of failure to stop at the scene of an accident. The Crown proceeded by indictment. The respondent elected to have the trial heard by a provincial court judge. At trial, the Crown sought to adduce evidence of the three conversations between the respondent and police on October 7, 1994. Defence counsel argued that the respondent's various statements to police were involuntary, that they were obtained in violation of her s. 10(b) *Charter* rights, and that their admission into evidence would violate her right under s. 7 of the *Charter* not to be compelled to incriminate herself. A joint *voir dire* was held on all of these issues.

The respondent testified on the *voir dire*. She stated that she knew immediately upon being involved in the accident that she was under a duty to report it. With respect to her first conversation with Sgt. Tait, prior to the giving of the s. 10(b) warning, the respondent testified that she felt that he had attended at her premises to take an accident report, and that she was under a duty to speak to him about the accident. She stated that she continued to feel obligated to speak to him after she had spoken to a lawyer.

The trial judge, Carlgren Prov. Ct. J., accepted the respondent's evidence that she believed she was required by law to report the accident to police. Although he found that the respondent's statements to police were voluntary, and dismissed

en vertu de la *Motor Vehicle Act* ne pourrait être utilisée contre elle devant un tribunal, mais il ne lui a pas formellement demandé de faire une déclaration en vertu de la *Motor Vehicle Act*. Cela constituait la troisième et dernière conversation de l'intimée avec la police dans la matinée du 7 octobre 1994.

Le sergent Tait a saisi le camion qui se trouvait à l'entrée du domicile de l'intimée. Il a été établi plus tard que le camion appartenait au mari de l'intimée. Les débris de plastique trouvés sur les lieux de l'accident correspondaient aux dommages au coin avant droit du camion.

L'intimée a été accusée, en vertu de l'al. 252(1)a) du *Code*, d'avoir fait défaut d'arrêter lors d'un accident. Le ministère public a procédé par voie d'acte d'accusation. L'intimée a choisi de subir un procès devant un juge de cour provinciale. Au procès, le ministère public a tenté de présenter en preuve les trois conversations du 7 octobre 1994 entre l'intimée et la police. L'avocat de la défense a soutenu que les diverses déclarations faites par l'intimée à la police étaient involontaires, qu'elles avaient été obtenues en violation des droits protégés par l'al. 10b) de la *Charte*, et que leur utilisation contreviendrait au droit de ne pas être contraint de s'incriminer que garantit l'art. 7 de la *Charte*. Un *voir-dire* conjoint a été tenu sur toutes ces questions.

L'intimée a témoigné au *voir-dire*. Elle a affirmé savoir dès la survenance de l'accident qu'elle était tenue de le déclarer. Relativement à sa première conversation avec le sergent Tait, avant la mise en garde de l'al. 10b), l'intimée a témoigné qu'elle était sous l'impression qu'il s'était rendu chez elle pour faire un rapport d'accident et qu'elle était tenue de l'informer des circonstances de l'accident. Elle a affirmé avoir continué de se sentir obligée de lui parler après avoir communiqué avec un avocat.

Le juge du procès, le juge Carlgren de la Cour provinciale, a accepté le témoignage de l'intimée selon lequel elle croyait être obligée par la loi de déclarer l'accident à la police. Bien qu'il ait conclu que les déclarations faites par l'intimée à la police

7

8

9

10

the motion under s. 10(b), he allowed the s. 7 motion and excluded the respondent's statements to police pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. At the close of the Crown's case, defence counsel brought a motion to have the charge against the respondent dismissed on the basis that the Crown had adduced no evidence as to the identity of the person driving the truck which had struck Mr. O'Brien. The motion was granted and the respondent was acquitted. A Crown appeal on the s. 7 issue was dismissed by a majority of the Court of Appeal for British Columbia.

#### B. Accident Reports Under the Motor Vehicle Act

11 Section 61 of the British Columbia *Motor Vehicle Act* establishes a statutory regime requiring and regulating the reporting of motor vehicle accidents in the province. Sections 61(1) and (1.1) require a driver involved in a motor vehicle accident to report the accident where the accident has caused death or personal injury, or has caused property damage beyond a certain monetary value. The driver is expressly required to provide information to the person who receives the accident report (usually the police) as required. The provisions read as follows:

61. (1) Where a vehicle driven or operated on a highway, either directly or indirectly, causes death or injury to a person or damage to property causing aggregate damage apparently exceeding the amount set out in subsection (1.1), the person driving or in charge of the vehicle shall report the accident to a police officer or to a person designated by the superintendent to receive those reports, and shall furnish the information respecting the accident required by the police officer or designated person.

- (1.1) The amount referred to in subsection (1) is
- (a) \$1 000, in the case of a vehicle other than a motor cycle, and
  - (b) \$600, in the case of a motor cycle.

étaient volontaires et qu'il ait rejeté la requête fondée sur l'al. 10b), il a accordé la requête fondée sur l'art. 7 et a écarté les déclarations faites par l'intimée à la police, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Après la présentation de la preuve du ministère public, l'avocat de la défense a demandé par requête le rejet de l'accusation portée contre l'intimée au motif que le ministère public n'avait produit aucune preuve quant à l'identité du conducteur du camion qui avait frappé M. O'Brien. La requête a été accordée et l'intimée a été acquittée. L'appel du ministère public sur la question relative à l'art. 7 a été rejeté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité.

#### B. La déclaration des accidents en vertu de la Motor Vehicle Act

L'article 61 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique établit un régime légal obligeant et régissant la déclaration des accidents automobiles dans la province. Les paragraphes 61(1) et 61(1.1) obligent tout conducteur impliqué dans un accident d'automobile à déclarer l'accident lorsque celui-ci a causé la mort, des blessures ou des dommages matériels dont la valeur excède un certain montant. Le conducteur est expressément tenu de fournir les renseignements requis à la personne (généralement un policier) qui reçoit la déclaration d'accident. Ces dispositions prévoient:

[TRADUCTION]

61. (1) Lorsqu'un véhicule conduit ou utilisé sur une route cause, directement ou indirectement, la mort d'une personne ou des blessures, ou cause à des biens des dommages dont la valeur totale semble excéder le montant prévu au paragraphe (1.1), la personne qui conduit le véhicule ou qui en a le contrôle doit déclarer l'accident à un policier ou à la personne désignée par le surintendant pour recevoir ces déclarations, et elle doit fournir tout renseignement requis par le policier ou la personne désignée relativement à l'accident.

- (1.1) Le montant visé au paragraphe (1) est de
- a) 1 000 \$ dans le cas d'un véhicule autre qu'une motocyclette;
  - b) 600 \$ dans le cas d'une motocyclette.

12 Section 61(4) imposes a corresponding duty upon the person who receives an accident report to

Le paragraphe 61(4) impose à la personne qui reçoit une déclaration d'accident l'obligation

secure information from the driver and from other sources and to prepare a written report. The recipient of the information is required by law to secure the particulars of the accident, the persons involved, the extent of the personal injury or property damage, and other necessary information:

(4) The person receiving a report under this section shall secure from the person making it, or by other inquiries where necessary, the particulars of the accident, the persons involved, the extent of the personal injury or property damage and other information necessary to complete a written report of the accident, and shall forward the written report to the superintendent within 10 days after being advised of the accident.

Section 61(7) of the Act supplements the reporting scheme by creating use immunity for the declarant in relation to the information provided pursuant to s. 61(1). The declarant is protected against self-incrimination by a statutory guarantee that, with two exceptions, neither the report nor any information contained in it is admissible in a trial or proceeding arising out of the accident:

(7) The fact a report has been made under this section is admissible in evidence solely to prove compliance with this section, and the report is admissible in evidence on the prosecution of any person for the offence of making a false statement therein, but neither the report nor any statement contained in it is admissible in evidence for any other purpose in a trial or proceeding arising out of the accident referred to in the report.

As is discussed below, the parties have agreed that this use immunity applies only in provincial proceedings and not in proceedings under the *Code*.

corrélative d'obtenir les renseignements pertinents auprès du conducteur et d'autres sources, et de rédiger un rapport. La loi exige qu'elle obtienne des détails sur l'accident, sur les personnes impliquées et sur l'étendue des blessures et des dommages matériels, ainsi que tout autre renseignement nécessaire:

[TRANSDUCTION]

(4) La personne qui reçoit une déclaration aux fins du présent article doit obtenir, de la part de l'auteur de la déclaration ou par d'autres moyens, si nécessaire, des détails sur l'accident, sur les personnes impliquées, l'étendue des blessures et des dommages matériels, ainsi que tout autre renseignement nécessaire pour rédiger un rapport de l'accident, et elle doit transmettre ce rapport au surintendant au plus tard 10 jours après avoir été informée de l'accident.

Le paragraphe 61(7) de la Loi complète le régime de déclarations en conférant à l'auteur de la déclaration l'immunité contre la mise en preuve des renseignements fournis conformément au par. 61(1). Sauf dans deux cas, l'auteur de la déclaration est protégé contre l'auto-incrimination par la garantie légale que ni le rapport ni les renseignements qui y sont contenus ne sont admissibles en preuve dans un procès ou dans une instance découlant de l'accident:

[TRANSDUCTION]

(7) Le fait qu'un rapport a été rédigé en vertu du présent article est admissible en preuve uniquement dans le but de démontrer que le présent article a été respecté, et le rapport est admissible en preuve dans le cadre de la poursuite de toute personne pour l'infraction d'avoir fait une fausse déclaration s'y trouvant, mais ni le rapport ni les déclarations qu'il contient ne sont admissibles en preuve à quelque autre fin dans le cadre d'un procès ou d'une instance découlant de l'accident mentionné dans le rapport.

Comme on le verra plus loin, les parties conviennent que cette immunité contre l'utilisation de la preuve ne s'applique qu'aux procédures prises en vertu des lois provinciales et non à celles prises en vertu du *Code*.

## II. Judicial History

### A. *Provincial Court of British Columbia*

14 Carlgren Prov. Ct. J. held that the respondent's three statements to police on October 7, 1994, were all made under the statutory compulsion of s. 61 of the *Motor Vehicle Act*. Carlgren Prov. Ct. J. first considered whether the conditions precedent to the obligation to report an accident existed in the respondent's case. He asked whether, as a general matter, the obligation to report an accident exists as soon as a driver has a subjective and possibly mistaken belief in the duty to report the accident, or whether the belief must be objectively reasonable in light of the requirements of the statute. He found that, where a party wishes to claim the benefit of the use immunity accorded by s. 61(7), as distinct from where a person is being prosecuted for a failure to report an accident, objective reasonableness is not required in order for a report to be deemed to have been made pursuant to the duty in s. 61(1). An accident report, he concluded, "is a statement concerning an accident made to a police officer by a person who believes it is a statement required to be made".

15 Carlgren Prov. Ct. J. went on to state that, if he were wrong in his determination of what constitutes a compelled accident report under ss. 61(1) and (7), the obvious damage to the respondent's husband's truck in this case, as apparent from photographs filed as exhibits, was sufficient for the respondent to have held a reasonable belief that she was required to report the accident. He held that the respondent subjectively believed that she was required to report the accident, and that when she called the R.C.M.P. on the morning of October 7, 1994, and engaged in subsequent conversations with the police, she did so pursuant to her perceived obligation to report.

16 Carlgren Prov. Ct. J. held that the admission of the respondent's three statements to police as evidence against her in her criminal trial would violate s. 7 of the *Charter*, and that the statements should therefore be excluded pursuant to s. 24(1).

## II. Historique des procédures judiciaires

### A. *La Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

Le juge Carlgren conclut que les trois déclarations ont été faites par l'intimée à la police le 7 octobre 1994 en vertu de l'obligation imposée par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*. Il examine d'abord si les conditions préalables à l'obligation de déclarer un accident étaient présentes dans le cas de l'intimée. Il se demande si, de façon générale, l'obligation de déclarer un accident naît au moment où le conducteur croit subjectivement, et peut-être erronément, être tenu de le faire, ou si la croyance doit être objectivement raisonnable à la lumière des exigences de la loi. Il conclut que lorsqu'une partie désire se prévaloir de l'immunité contre l'utilisation de la preuve en vertu du par. 61(7), à la différence du cas d'une personne poursuivie pour omission de déclarer un accident, le caractère objectivement raisonnable de la croyance n'est pas requis pour qu'une déclaration soit réputée faite conformément au par. 61(1). Il conclut qu'une déclaration d'accident [TRADUCTION] «est une déclaration relative à un accident, faite à un policier par une personne qui croit être tenue de la faire».

Le juge Carlgren dit ensuite que, s'il se trompe dans sa détermination de ce qui constitue une déclaration obligatoire d'accident en vertu des par. 61(1) et (7), les dommages évidents causés au camion du mari de l'intimée en l'espèce, comme il ressort des photos produites, étaient suffisants pour avoir la croyance raisonnable qu'il fallait déclarer l'accident. Il conclut que l'intimée croyait subjectivement qu'elle devait déclarer l'accident et que son appel téléphonique à la GRC dans la matinée du 7 octobre 1994 et ses conversations ultérieures avec la police résultaient de ce qu'elle croyait être son obligation de déclarer.

Le juge Carlgren conclut que l'utilisation contre l'intimée, dans un procès criminel, des trois déclarations qu'elle a faites à la police contreviendrait à l'art. 7 de la *Charte*, et que les déclarations doivent donc être écartées conformément au par. 24(1).

He reviewed the decisions of this Court in *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, and *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, as well as the decisions of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3d) 125, and *R. v. Stillman*, [1994] B.C.J. No. 646 (QL). Both of these latter trial judgments had excluded statements made under the compulsion of provincial statutes from criminal trials on the basis that their use in the trial would itself be a breach of the accused's s. 7 rights. Carlgren Prov. Ct. J. held that he was bound to accept these two decisions as determinative, provided the respondent could establish that she fell within the scope of the principles enunciated therein.

Carlgren Prov. Ct. J. found that the respondent had established that admission of the statements would violate s. 7. He concluded that, although the principles of fundamental justice must reflect a balance between the interests of society and the interests of the individual seeking the protection of s. 7, use immunity is itself a reflection of that balance. Carlgren Prov. Ct. J. held that *Spyker* and *Stillman* applied in the respondent's case to require the exclusion of all three statements, and he excluded them pursuant to s. 24(1).

At the end of his reasons, Carlgren Prov. Ct. J. commented that s. 61 of the *Motor Vehicle Act* is vague as to what information is required to be reported by a driver. He stated that this vagueness should enure to the benefit of the accused, unless the Crown is able to establish that a particular statement was not made pursuant to the statutory obligation to report an accident.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1998), 122 C.C.C. (3d) 167

(1) Esson J.A., Lambert J.A. concurring

Esson J.A. reviewed the decision of this Court in *Thomson Newspapers, supra*. He stated that all five members of the Court in that case agreed that,

Il examine les arrêts de notre Cour *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, et *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, de même que les décisions rendues par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *R. c. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3d) 125, et *R. c. Stillman*, [1994] B.C.J. No. 646 (QL). Dans ces dernières, les jugements du procès avaient écarté les déclarations faites en vertu d'une obligation imposée par des lois provinciales au motif que leur utilisation dans le cadre d'un procès criminel constituerait une contravention aux droits de l'accusé en vertu de l'art. 7. Le juge Carlgren conclut qu'il est lié par ces deux décisions, dans la mesure où l'intimée peut démontrer qu'elle tombe sous l'application des principes qui y étaient énoncés.

Le juge Carlgren juge que l'intimée a démontré que l'utilisation des déclarations contreviendrait à l'art. 7. Il conclut que, bien que les principes de la justice fondamentale doivent refléter un équilibre entre l'intérêt de la société et les droits de l'individu qui recherche la protection de l'art. 7, l'immunité contre l'utilisation de la preuve représente cet équilibre. Le juge Carlgren conclut que les arrêts *Spyker* et *Stillman* s'appliquent dans le cas de l'intimée pour écarter les trois déclarations, et il les exclut en vertu du par. 24(1).

À la fin de ses motifs, le juge Carlgren fait observer que l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* est vague quant à l'information exigée d'un conducteur et déclare que cela doit être interprété en faveur de l'accusée, à moins que le ministère public ne soit capable de démontrer qu'une déclaration donnée n'a pas été faite en vertu de l'obligation légale de déclarer les accidents.

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 122 C.C.C. (3d) 167

(1) Le juge Esson, avec l'appui du juge Lambert

Le juge Esson examine l'arrêt de notre Cour *Thomson Newspapers, précité*. Il dit que, dans cet arrêt, les cinq membres de notre Cour ont conclu à

17

18

19

where testimony is compelled in the context of proceedings investigating wrongdoing and potentially resulting in criminal charges, s. 7 affords protection co-extensive with the individual's testimonial participation, through use immunity in those subsequent criminal proceedings.

20 Esson J.A. reviewed this Court's decision in *Fitzpatrick, supra*, and concluded that it was not applicable to the facts of the respondent's case. Esson J.A. noted that one of the reasons why the admission of the compelled records in that case was found not to violate s. 7 was that the maintenance of the records was an integral part of a regulatory scheme in which both the accused and the Crown were participants. Exclusion of the records would have "remove[d] the teeth" from the regulatory scheme itself (p. 177). The difference between *Fitzpatrick* and this case, he stated, was that the respondent was being prosecuted for a criminal offence. None of the reasoning in *Fitzpatrick* could be applied in this different context. Esson J.A. stated that, if compulsory accident reports could be used against an accused in criminal proceedings, this would compromise the integrity of the statutory reporting scheme, since motorists would prefer to refrain from reporting accidents rather than risk self-incrimination.

21 With respect to the issue of whether all of the respondent's statements to police were made pursuant to her statutory obligation under s. 61(1), Esson J.A. stated that there was evidence upon which the trial judge could have reached the conclusion he did that they were, and that he saw no basis for interfering with that conclusion.

22 Esson J.A. then discussed the trial judge's comments regarding the vagueness of the reporting requirement created by s. 61. Esson J.A. found that, contrary to the Crown's submission, the trial judge had not imposed a reverse onus on the Crown to prove that a statement by the accused was not made pursuant to a statutory obligation under s. 61(1). Esson J.A. interpreted the trial judge as first having determined that the

l'unanimité que, lorsqu'il y a témoignage forcé dans le cadre de procédures d'enquête sur des actes fautifs pouvant mener à des accusations criminelles, l'art. 7 offre une protection correspondant à la participation des personnes comme témoins grâce à l'immunité contre l'utilisation de la preuve dans des procédures criminelles ultérieures.

Le juge Esson examine l'arrêt *Fitzpatrick*, précité, de notre Cour et il conclut qu'il n'est pas applicable aux faits invoqués par l'intimée. Il souligne que l'une des raisons pour lesquelles cet arrêt conclut que l'utilisation des documents en cause ne contrevient pas à l'art. 7 est que la production de ces documents fait partie intégrante d'un régime de réglementation auquel tant l'accusé que l'État participent. L'exclusion des documents aurait [TRADUCTION] «privé de son mordant» le régime de réglementation lui-même (p. 177). Il dit que la différence entre l'affaire *Fitzpatrick* et la présente affaire est qu'en l'espèce, l'intimée est poursuivie pour une infraction criminelle. Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Fitzpatrick* ne peut aucunement être appliqué dans ce contexte différent. Il dit également que l'utilisation des déclarations obligatoires d'accident contre l'accusé, dans le cadre de procédures criminelles, porterait atteinte à l'intégrité du régime légal de déclaration puisque les automobilistes préféreraient s'abstenir de déclarer des accidents plutôt que de risquer de s'incriminer eux-mêmes.

Sur la question de savoir si toutes les déclarations de l'intimée à la police ont été faites en vertu de l'obligation prescrite par le par. 61(1), le juge Esson dit qu'il y a des éléments de preuve permettant au juge du procès de conclure qu'elles l'ont été, et qu'il ne voit aucun motif de modifier cette conclusion.

Le juge Esson traite ensuite des observations faites par le juge du procès sur le caractère vague de l'exigence de déclaration édictée par l'art. 61 et il conclut que, contrairement à la prétention du ministère public, le juge du procès n'a pas imposé à ce dernier le fardeau inversé de prouver que la déclaration de l'accusée n'avait pas été faite en vertu de l'obligation prévue par le par. 61(1). Le juge Esson considère que le juge du procès a

respondent had met the onus of establishing a *prima facie* case that her statements were made pursuant to the reporting requirement, and then having ruled that it was up to the state to adduce evidence of its own to rebut this *prima facie* case, in accordance with the ordinary onus of proof in *Charter* matters. Esson J.A. found no error in principle in the manner in which the trial judge dealt with what Esson J.A. described, at p. 179, as a “rather tricky question”. Esson J.A. therefore dismissed the Crown’s appeal.

(2) Southin J.A. dissenting

Southin J.A. began her analysis by noting that the *Charter* does not contain a blanket protection against self-incrimination. She referred to the judgment of this Court in *Fitzpatrick, supra*, which emphasized the importance of engaging in a contextual analysis in order to determine whether the principle against self-incrimination has been engaged. Southin J.A. stated that the principles of fundamental justice under s. 7 require a balance to be struck between the interest of the individual claiming the protection of s. 7, and the interest of society in providing a fair and workable system of justice. She emphasized Canadian society’s pressing interest in curbing motor vehicle offences, referring on this point to the reasons of Cory J. in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, and to recent statistics regarding death and injury rates from motor vehicle accidents in British Columbia.

Southin J.A. did not accept the Crown’s submission that the analysis applied by the Court in *Fitzpatrick, supra*, was similarly applicable to the respondent’s case. She noted that, although driving is a regulated activity, driving is one of life’s necessities, such that it cannot be said that compulsory accident reporting constitutes voluntary compliance with a chosen regulatory regime. As she stated, at p. 194, “these sections are coercive and were intended by the Legislature to be so.”

d’abord déterminé que l’intimée s’était acquittée du fardeau d’établir *prima facie* que ses déclarations avaient été faites en vertu de l’exigence de déclaration, et qu’il a ensuite conclu qu’il incombe à l’État de réfuter cette preuve *prima facie*, selon le fardeau de preuve habituel à l’égard des questions liées à la *Charte*. Le juge Esson conclut à l’absence d’erreur de principe dans la manière dont le juge du procès a abordé ce qu’il a qualifié de [TRADUCTION] «question plutôt délicate» (p. 179). Le juge Esson a donc rejeté l’appel du ministère public.

(2) Le juge Southin, dissidente

Le juge Southin commence son analyse en soulignant que la *Charte* ne contient aucune protection générale contre l’auto-incrimination. Elle se réfère à l’arrêt *Fitzpatrick*, précité, de notre Cour, lequel insiste sur l’importance de procéder à une analyse contextuelle afin de déterminer si le principe interdisant l’auto-incrimination est applicable. Le juge Southin dit qu’en vertu de l’art. 7, les principes de justice fondamentale exigent l’atteinte d’un équilibre entre les droits d’une personne demandant la protection de l’art. 7 et l’intérêt pour la société de fournir un système de justice équitable et fonctionnel. Elle met en évidence l’intérêt pressant de la société canadienne dans la réduction des infractions de la route, se fondant à cet égard sur les motifs du juge Cory dans l’arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, et sur des statistiques récentes sur les décès et les blessures résultant des accidents d’automobile en Colombie-Britannique.

Le juge Southin rejette l’argument du ministère public selon lequel l’analyse effectuée par notre Cour dans l’arrêt *Fitzpatrick*, précité, s’applique de la même façon au cas de l’intimée. Elle fait remarquer que, même si la conduite automobile est une activité réglementée, elle est une des nécessités de la vie, de sorte qu’on ne peut pas dire que la déclaration obligatoire d’accident constitue l’obéissance volontaire à un régime de réglementation choisi. Elle déclare, à la p. 194: [TRADUCTION] «ces dispositions sont coercitives et le législateur les a voulues ainsi».

23

24

25 Nonetheless, Southin J.A. held that the principles of fundamental justice are not violated where at least some elements of a compulsory accident report are adduced as evidence in a criminal trial for a driving offence. She stated that, if Parliament enacted a statute providing that statements compelled by the *Motor Vehicle Act* were admissible in criminal proceedings, that statute would be sustained either under s. 7 or under s. 1 of the *Charter*, at least to the extent of rendering admissible the name and address of the driver and the fact that he or she was driving at a certain place and time. Admitting any more of the statements, though, would go beyond the needs of society. As a result, she found that the trial judge's imposition of a rule of automatic exclusion of all statutorily compelled statements was over broad.

26 With respect to the facts of the case, Southin J.A. accepted the trial judge's finding that the respondent's initial telephone call to police was founded in an honest belief that she was under an obligation to speak to police. She also agreed with the trial judge's conclusion that such an honest belief is all that is required to bring a statement within the scope of s. 61(1) of the *Motor Vehicle Act* as a compelled statement. Southin J.A. found that the second conversation with police, when Sgt. Tait first arrived at the respondent's trailer, was simply an extension of the initial phone call. However, she held that the third conversation, taking place as it did after a s. 10(b) warning and after the respondent had spoken to counsel, could not be considered compelled and was thus admissible in its entirety as an uncompelled statement, regardless of the analysis under s. 7 of the *Charter*.

27 Finally, Southin J.A. stated that the trial judge's remarks as to the need for the Crown to demonstrate a lack of statutory compulsion under s. 61 were *obiter*, and she did not consider it necessary to comment further on them.

Néanmoins, le juge Southin conclut que l'utilisation de certains éléments d'une déclaration obligatoire d'accident dans un procès criminel portant sur une infraction de la route ne portait pas atteinte aux principes de justice fondamentale. Elle dit que, si le législateur promulguait une loi prévoyant l'utilisation, dans le cadre de procédures criminelles, de déclarations faites en vertu de l'obligation imposée par la *Motor Vehicle Act*, cette loi serait valide, soit en vertu de l'art. 7, soit en vertu de l'article premier de la *Charte*, à tout le moins dans la mesure où seraient admissibles le nom et l'adresse du conducteur ainsi que le fait qu'il se trouvait au volant à un moment et en un lieu donné. Admettre toute autre partie des déclarations irait toutefois au-delà des besoins de la société. En conséquence, elle conclut que l'imposition par le juge du procès d'une règle d'exclusion automatique de toutes les déclarations exigées par la loi était trop générale.

Sur les faits, le juge Southin accepte la conclusion du juge du procès selon laquelle, lors de son premier appel téléphonique, l'intimée croyait sincèrement qu'elle était tenue de parler à la police. Elle est également d'accord avec la conclusion du juge du procès qu'il n'en faut pas plus pour qu'une déclaration tombe sous l'application du par. 61(1) de la *Motor Vehicle Act* en tant que déclaration forcée. Le juge Southin conclut que la deuxième conversation avec la police, lorsque le sergent Tait est arrivé à la roulotte de l'intimée, ne constituait que la prolongation de l'appel téléphonique initial. Elle conclut toutefois que la troisième conversation, qui a eu lieu après l'avertissement donné en vertu de l'al. 10b) et après que l'intimée eut parlé à un avocat, ne peut être considérée comme ayant été forcée, et qu'elle était donc admissible en totalité en tant que déclaration non forcée, en dépit de l'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte*.

Enfin, le juge Southin dit que les observations du juge du procès sur la nécessité pour le ministère public de démontrer que la déclaration n'a pas été faite en raison de l'obligation imposée par l'art. 61 étaient des remarques incidentes, et ne juge pas utile de les commenter davantage.

III. Issues

The formal order of the Court of Appeal states that Southin J.A.'s dissent is founded upon three issues of law, namely:

1. Whether there is a rule of automatic and complete exclusion in a criminal trial of all statements made by an accused under compulsion of statute, namely, section 61 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288.
2. Whether the voluntary statement of an accused made under the statutory compulsion of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* that he or she was driving at a particular time and place must automatically be excluded as evidence in a criminal trial.
3. Whether the trial judge erred in law in concluding that the voluntary statement of the accused to Sgt. Tait after she had been informed of her section 10 Charter rights and after she had consulted with counsel must be excluded from evidence on the basis that it was a statement made under compulsion of the provisions of the *Motor Vehicle Act*. [Emphasis added.]

The Crown was subsequently granted leave to appeal to this Court on two closely related grounds:

1. That the British Columbia Court of Appeal erred in law in failing to find that statements compelled by the operation of s. 61 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, are properly admissible in evidence on a criminal trial for reasons analogous to those in *Regina v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154.
2. That the British Columbia Court of Appeal erred in law in failing to find the trial judge erred in law both in placing the onus on the Crown, and also in his determination of what constitutes a statement made under the compulsion of s. 61 of the *Motor Vehicle Act*.

III. Les questions en litige

L'ordonnance formelle de la Cour d'appel indique que la dissidence du juge Southin est fondée sur les trois points de droit suivants:

[TRADUCTION]

1. La question de l'existence, dans un procès criminel, d'une règle d'exclusion automatique et totale de toutes les déclarations faites par un accusé en raison d'une obligation imposée par une loi, en l'espèce, l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288.
2. La question de l'exclusion automatique, dans un procès criminel, d'une déclaration volontaire d'un accusé, faite en vertu de l'obligation imposée par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*, selon laquelle il conduisait à un moment et à un endroit particulier.
3. La question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que la déclaration volontaire qu'a faite l'accusée au sergent Tait après avoir été informée des droits que garantit l'article 10 de la Charte et après avoir consulté un avocat devait être écartée comme preuve au motif qu'il s'agissait d'une déclaration faite en vertu de l'obligation imposée par les dispositions de la *Motor Vehicle Act*? [Je souligne.]

Le ministère public a obtenu par la suite l'autorisation d'interjeter appel auprès de notre Cour sur deux moyens étroitement liés:

[TRADUCTION]

1. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en ne concluant pas que les déclarations rendues obligatoires par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 288, sont admissibles en preuve dans un procès criminel pour des motifs analogues à ceux de l'arrêt *La Reine c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154.
2. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en ne concluant pas que le juge du procès a commis une erreur de droit en imposant le fardeau de la preuve au ministère public et en déterminant ce que constituait une déclaration requise par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*.

#### IV. Analysis

##### A. *Introduction*

30 To begin with, I am in general agreement with the lucid reasons of and conclusions reached by Esson J.A. in the Court of Appeal in this case. Statements made under compulsion of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* are inadmissible in criminal proceedings against the declarant because their admission would violate the principle against self-incrimination. I agree with Esson J.A. that the respondent's three statements to police in this case were properly found by the trial judge to have been made under compulsion of s. 61, and that the trial judge did not impose a reverse onus on the Crown to disprove such compulsion.

31 In these reasons, I wish to elaborate upon Esson J.A.'s conclusions, and to deal with the other issues raised by the appellant and by the dissent of Southin J.A. In this respect, a brief outline of the structure of the reasons may be useful.

32 I begin with a discussion of the primary issue of why statements made to police under compulsion of s. 61 of the British Columbia *Motor Vehicle Act* are inadmissible in criminal proceedings against the declarant. This discussion relating to s. 7 of the *Charter* constitutes the bulk of the analysis. In light of the dissenting reasons of Southin J.A. in the Court of Appeal, I also consider the more specific question of whether the statements are admissible for the limited purpose of revealing the declarant's name and address and the fact that he or she was driving at a particular place and time.

33 Next, I examine the issue of when, in law, a statement may properly be characterized as having been made pursuant to s. 61 of the *Motor Vehicle Act*. In particular, is a subjective belief that one is making a statement pursuant to s. 61 sufficient, or must the belief also be reasonably held? Also, who bears the onus of establishing that a statement was made pursuant to s. 61 of the *Motor Vehicle Act*?

#### IV. Analyse

##### A. *Introduction*

Tout d'abord, je suis essentiellement d'accord avec les motifs clairs et les conclusions du juge Esson de la Cour d'appel dans la présente affaire. Les déclarations requises par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* ne peuvent pas être utilisées dans le cadre de procédures criminelles contre leur auteur parce que leur utilisation porterait atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination. Je partage l'opinion du juge Esson que le juge du procès a conclu à bon droit que les trois déclarations faites par l'intimée à la police l'avaient été sous l'obligation imposée par l'art. 61, et que le juge du procès n'a pas imposé au ministère public le fardeau inversé de réfuter ce caractère contraignant.

Dans ces motifs, je voudrais approfondir les conclusions du juge Esson et examiner les autres questions soulevées par l'appelante et par la dissidence du juge Southin. À cet égard, il peut être utile d'exposer brièvement la structure des motifs.

J'examine d'abord la question principale des raisons pour lesquelles les déclarations faites à la police sous l'obligation imposée par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* de Colombie-Britannique ne peuvent pas être utilisées dans un procès criminel contre leur auteur. Cet examen fondé sur l'art. 7 de la *Charte* constitue l'essentiel de l'analyse. J'examine aussi, à la lumière des motifs dissidents du juge Southin en Cour d'appel, la question plus précise de savoir si les déclarations sont admissibles dans l'unique but de faire connaître le nom et l'adresse de l'auteur de la déclaration ainsi que le fait qu'il conduisait à un endroit et à un moment précis.

Ensuite, j'examine quand, en droit, une déclaration peut correctement être considérée comme faite en vertu de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*. En particulier, la croyance subjective de l'auteur qu'il fait une déclaration en vertu de l'art. 61 est-elle suffisante, ou la croyance doit-elle aussi être raisonnable? Et sur qui repose le fardeau de prouver qu'une déclaration a été faite en vertu de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*?

Finally, I consider the court's power to exclude evidence whose admission at a criminal trial would violate s. 7 of the *Charter*, and conclude with a discussion of the admissibility of the respondent's three conversations with police on October 7, 1994.

It should be noted that, in their submissions before this Court, the parties have not disputed two legal issues. First, the parties agree that the use of immunity created by s. 61(7) of the *Motor Vehicle Act* does not extend to proceedings under the *Code*, because it would be *ultra vires* the province of British Columbia to restrict the admissibility of evidence in criminal matters. It is for this reason that the respondent has sought the protection of the *Charter* in order to exclude her three statements to police.

Second, the respondent has not contested the trial judge's finding that the respondent's statements to police were voluntary. The issue of voluntariness is thus not squarely raised in this appeal, and I do not intend to discuss it.

#### B. *The Section 7 Issue*

The principal s. 7 issue in this appeal is whether the admission into evidence in a criminal trial of statements made under compulsion of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* would violate the principle against self-incrimination. The respondent did not challenge the constitutional validity of s. 61 at trial, but rather sought a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. The respondent's position and the finding in the courts below is that, while compelling a driver to report a motor vehicle accident accords with s. 7 of the *Charter*, the principle against self-incrimination as embodied in s. 7 requires at least that the driver be protected against the subsequent use of such a report in criminal proceedings.

Enfin, j'examine le pouvoir du tribunal d'écarter les éléments de preuve dont l'utilisation dans un procès criminel contreviendrait à l'art. 7 de la *Charte*, et je conclus en examinant l'admissibilité des trois conversations que l'intimée a eues avec la police le 7 octobre 1994.

Il faut souligner que deux questions juridiques n'ont pas été contestées par les parties dans leurs plaidoiries devant notre Cour. En premier lieu, les parties conviennent que l'immunité contre l'utilisation de la preuve créée par le par. 61(7) de la *Motor Vehicle Act* ne couvre pas les procédures intentées en vertu du *Code*, car la Colombie-Britannique outrepasserait ses pouvoirs si elle restreignait l'admissibilité d'éléments de preuve en matière criminelle. C'est pour cette raison que l'intimée a invoqué la protection de la *Charte* pour écarter les trois déclarations qu'elle avait faites à la police.

En deuxième lieu, l'intimée n'a pas contesté la conclusion du juge du procès selon laquelle ses déclarations à la police étaient volontaires. La question du caractère volontaire n'est donc pas soulevée directement dans le présent pourvoi, et je n'ai pas l'intention de l'aborder.

#### B. *La question relative à l'art. 7*

En l'espèce, la question principale, relativement à l'art. 7, est de savoir si l'utilisation dans un procès criminel de déclarations requises par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* contreviendrait au principe interdisant l'auto-incrimination. Au procès, l'intimée n'a pas contesté la validité constitutionnelle de l'art. 61, mais a demandé une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. La position de l'intimée et la conclusion des tribunaux d'instance inférieure sont que, bien que le fait d'obliger un conducteur à déclarer tout accident d'automobile soit conforme à l'art. 7 de la *Charte*, le principe interdisant l'auto-incrimination exige au moins que le conducteur soit protégé contre l'utilisation ultérieure d'une telle déclaration dans des poursuites criminelles.

34

35

36

37

38

Section 7 of the *Charter* reads as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Where a court is called upon to determine whether s. 7 has been infringed, the analysis consists of three main stages, in accordance with the structure of the provision. The first question to be resolved is whether there exists a real or imminent deprivation of life, liberty, security of the person, or a combination of these interests. The second stage involves identifying and defining the relevant principle or principles of fundamental justice. Finally, it must be determined whether the deprivation has occurred in accordance with the relevant principle or principles: see *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 479, *per* Iacobucci J. Where a deprivation of life, liberty, or security of the person has occurred or will imminently occur in a manner which does not accord with the principles of fundamental justice, a s. 7 infringement is made out.

39

In the present case, it is clear that the respondent's liberty interest is engaged by the potential admission into evidence of her three statements to police on October 7, 1994, because she faces the possibility of up to five years' imprisonment if convicted on indictment under s. 252(1)(a) of the *Code*. The pivotal question is whether the admission of the three statements would accord with the principles of fundamental justice.

### C. *The Principle Against Self-Incrimination*

#### (1) General Principles

40

It is now well-established that there exists, in Canadian law, a principle against self-incrimination that is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. The meaning of the principle, its underlying rationale, and its current status within Canadian law have been discussed in a series of decisions of this Court, notably *Thomson Newspapers*, *supra*; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, *per* Lamer C.J.; *R. v. Jones*, [1994] 2

L'article 7 de la *Charte* dit:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Lorsque le tribunal est appelé à déterminer s'il y a eu atteinte à l'art. 7, son analyse doit comporter trois étapes principales, conformément à la formulation de la disposition. La première question à résoudre est s'il y a privation réelle ou imminente de la vie, de la liberté, de la sécurité de la personne ou d'une combinaison de ces trois droits. La deuxième étape consiste à identifier et à qualifier le ou les principes de justice fondamentale pertinents. Enfin, il faut déterminer si la privation s'est produite conformément aux principes pertinents: voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 479, le juge Iacobucci. Lorsque la privation de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne s'est produite ou est sur le point de se produire d'une manière non conforme aux principes de la justice fondamentale, l'atteinte à l'art. 7 est établie.

En l'espèce, il est clair que le droit à la liberté de l'intimée est mise en jeu par l'utilisation potentielle des trois déclarations qu'elle a faites à la police le 7 octobre 1994, car elle fait face à une peine pouvant aller jusqu'à cinq ans d'emprisonnement si elle est reconnue coupable sur acte d'accusation en vertu de l'al. 252(1)a) du *Code*. Il s'agit essentiellement de savoir si l'utilisation des trois déclarations serait conforme aux principes de la justice fondamentale.

### C. *Le principe interdisant l'auto-incrimination*

#### (1) Les principes généraux

Il est maintenant bien établi qu'il existe, en droit canadien, un principe interdisant l'auto-incrimination qui constitue un principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. La signification de ce principe, sa raison d'être et son rôle actuel en droit canadien sont analysés dans plusieurs arrêts de notre Cour, notamment *Thomson Newspapers*, précité; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, le juge en chef Lamer; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S.

S.C.R. 229, per Lamer C.J.; *S. (R.J.)*, supra; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; and *Fitzpatrick*, supra.

The principle against self-incrimination was described by Lamer C.J. in *Jones*, supra, at p. 249, as “a general organizing principle of criminal law”. The principle is that an accused is not required to respond to an allegation of wrongdoing made by the state until the state has succeeded in making out a *prima facie* case against him or her. It is a basic tenet of our system of justice that the Crown must establish a “case to meet” before there can be any expectation that the accused should respond: *P. (M.B.)*, supra, at pp. 577-79, per Lamer C.J., *S. (R.J.)*, supra, at paras. 81 to 83, per Iacobucci J.

In *Jones*, supra, the principle against self-incrimination was defined as an assertion of the fundamental importance of individual freedom. As the Chief Justice stated, at pp. 248-49:

The principle against self-incrimination, in its broadest form, can be expressed in the following manner:

... the individual is sovereign and ... proper rules of battle between government and individual require that the individual ... not be conscripted by his opponent to defeat himself. ...

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, at p. 318.)

Any state action that coerces an individual to furnish evidence against him- or herself in a proceeding in which the individual and the state are adversaries violates the principle against self-incrimination. Coercion, it should be noted, means the denial of free and informed consent.

Similarly, in *S. (R.J.)*, supra, at para. 81, is the reference to “the principle of sovereignty embodied in the idea that individuals should be left alone in the absence of justification, and not conscripted by the state to promote a self-defeating purpose”.

229, le juge en chef Lamer; *S. (R.J.)*, précité; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; et *Fitzpatrick*, précité.

Le principe interdisant l'auto-incrimination a été décrit par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Jones*, précité, à la p. 249, comme étant «un principe directeur général de droit criminel». Ce principe veut que l'accusé ne soit pas tenu de répondre à une allégation d'acte fautif faite par l'État avant que ce dernier puisse présenter une preuve *prima facie* contre lui. Un principe de base de notre système de justice veut que le ministère public établisse une «preuve complète» avant que surgisse une attente de réponse de la part de l'accusé: *P. (M.B.)*, précité, aux pp. 577 à 579, le juge en chef Lamer; *S. (R.J.)*, précité, aux par. 81 à 83, le juge Iacobucci.

Dans l'arrêt *Jones*, précité, le principe interdisant l'auto-incrimination a été décrit comme une affirmation de l'importance fondamentale de la liberté individuelle. Le Juge en chef dit, aux pp. 248 et 249:

Sous sa forme la plus générale, le principe interdisant l'auto-incrimination peut s'énoncer ainsi:

[TRADUCTION] ... l'individu est souverain et [...] selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci [...] ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite ...

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, à la p. 318.)

Toute action de l'État qui contraint une personne à produire une preuve contre elle-même dans des procédures l'opposant à l'État viole le principe interdisant l'auto-incrimination. La contrainte, devrait-on le souligner, signifie refuser de donner la possibilité de donner un consentement libre et éclairé.

De même, l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, au par. 81, mentionne «le principe de la souveraineté contenu dans l'idée qu'un particulier ne doit pas être dérangé sans raison et ne doit pas être obligé par l'État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite».

41

42

43

The definition of the principle against self-incrimination as an assertion of human freedom is intimately connected to the principle's underlying rationale. As explained by the Chief Justice in *Jones, supra*, at pp. 250-51, the principle has at least two key purposes, namely to protect against unreliable confessions, and to protect against abuses of power by the state. There is both an individual and a societal interest in achieving both of these protections. Both protections are linked to the value placed by Canadian society upon individual privacy, personal autonomy and dignity: see, e.g., *Thomson Newspapers, supra*, at p. 480, *per* Wilson J.; *Jones, supra*, at pp. 250-51, *per* Lamer C.J.; and *Fitzpatrick, supra*, at paras. 51-52, *per* La Forest J. A state which arbitrarily intrudes upon its citizens' personal sphere will inevitably cause more injustice than it cures.

44

The jurisprudence of this Court is clear that the principle against self-incrimination is an overarching principle within our criminal justice system, from which a number of specific common law and *Charter* rules emanate, such as the confessions rule, and the right to silence, among many others. The principle can also be the source of new rules in appropriate circumstances. Within the *Charter*, the principle against self-incrimination is embodied in several of the more specific procedural protections such as, for example, the right to counsel in s. 10(b), the right to non-compellability in s. 11(c), and the right to use immunity set out in s. 13. The *Charter* also provides residual protection to the principle through s. 7.

## (2) The Importance of Context

45

That the principle against self-incrimination does have the status as an overarching principle does not imply that the principle provides absolute protection for an accused against all uses of information that has been compelled by statute or otherwise. The residual protections provided by the principle against self-incrimination as contained in s. 7 are specific, and contextually-sensitive. This point was made in *Jones, supra*, at p. 257, *per*

La définition du principe interdisant l'auto-incrimination comme une affirmation de la liberté humaine est intimement liée à la raison d'être de ce principe. Comme l'explique le Juge en chef dans l'arrêt *Jones*, précité, aux pp. 250 et 251, le principe a au moins deux objectifs majeurs, la protection contre les confessions indignes de foi et la protection contre les abus de pouvoir de l'État. Tant les individus que la société ont un intérêt dans l'existence de ces deux protections. Celles-ci sont liées à la valeur qu'attribue la société canadienne à la vie privée, à l'autonomie personnelle et à la dignité: voir, p. ex., *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 480, le juge Wilson; *Jones*, précité, aux pp. 250 et 251, le juge en chef Lamer; et *Fitzpatrick*, précité, aux par. 51 et 52, le juge La Forest. Un État qui s'ingère arbitrairement dans la vie privée de ses citoyens cause inévitablement plus d'injustices qu'il n'en résout.

Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour que le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe prépondérant dans notre système de justice criminelle, duquel émanent un certain nombre de règles issues de la common law et de la *Charte*, comme la règle des confessions et le droit de garder le silence, parmi tant d'autres. Ce principe peut aussi être la source de nouvelles règles en temps opportun. Dans la *Charte*, le principe interdisant l'auto-incrimination se retrouve dans plusieurs protections procédurales plus précises, comme, par exemple, le droit à l'avocat selon l'al. 10b), le droit à la non-contrainabilité selon l'al. 11c) et le droit à l'immunité contre l'utilisation de la preuve selon l'art. 13. La *Charte* prévoit également une protection résiduelle de ce principe par son art. 7.

## (2) L'importance du contexte

Le fait que le principe interdisant l'auto-incrimination a effectivement le statut de principe prépondérant ne signifie pas que ce principe fournit à l'accusé une protection absolue contre toute utilisation des renseignements dont la divulgation a été forcée en vertu de la loi ou d'une autre manière. Les protections résiduelles qui découlent du principe interdisant l'auto-incrimination et que contient l'art. 7 sont précises et varient selon le

Lamer C.J., and in *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 96-100, *per* Iacobucci J., where it was explained that the parameters of the right to liberty can be affected by the context in which the right is asserted. The principle against self-incrimination demands different things at different times, with the task in every case being to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue. See also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per* La Forest J.

In *Fitzpatrick*, *supra*, at paras. 21-25, La Forest J., speaking on behalf of the full Court, confirmed that this Court has always expressly limited the application of the principle against self-incrimination to cover only the specific circumstances raised by a given case. He stressed, at para. 25, that a court must begin "on the ground", with a concrete and contextual analysis of the circumstances, in order to determine whether the principle against self-incrimination is actually engaged on the facts.

The contextual analysis that is mandated under s. 7 of the *Charter* is defined and guided by the requirement that a court determine whether a deprivation of life, liberty, or security of the person has occurred in accordance with the principles of fundamental justice. As this Court has stated, the s. 7 analysis involves a balance. Each principle of fundamental justice must be interpreted in light of those other individual and societal interests that are of sufficient importance that they may appropriately be characterized as principles of fundamental justice in Canadian society. This analytical approach was applied, for example, in *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 107-8, *per* Iacobucci J., where it was stated:

... the principle against self-incrimination may mean different things at different times and in different contexts. The principle admits of many rules. What should the rule be in respect of testimonial compulsion?

contexte. Cela ressort des arrêts *Jones*, précité, à la p. 257, le juge en chef Lamer, et *S. (R.J.)*, précité, aux par. 96 à 100, le juge Iacobucci, où il est expliqué que les paramètres du droit à la liberté peuvent varier selon le contexte dans lequel le droit est invoqué. Le principe interdisant l'auto-incrimination exige différentes choses à différents moments, la tâche dans chaque affaire étant de déterminer avec précision ce que le principe exige, s'il y a lieu, dans le contexte particulier en cause. Voir aussi *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361, le juge La Forest.

Dans l'arrêt *Fitzpatrick*, précité, aux par. 21 à 25, le juge La Forest, au nom de toute la Cour, confirme que notre Cour a toujours expressément limité l'application du principe interdisant l'auto-incrimination uniquement à la situation particulière présente dans une affaire donnée. Il souligne au par. 25 que le tribunal doit adopter «une approche pragmatique» en commençant par une analyse concrète et contextuelle de la situation pour déterminer si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination est effectivement déclenchée par les faits.

L'analyse contextuelle prescrite par l'art. 7 de la *Charte* est circonscrite et guidée par l'exigence que le tribunal détermine s'il y a eu privation de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne conformément aux principes de la justice fondamentale. Comme notre Cour l'a dit, l'analyse fondée sur l'art. 7 vise un équilibre. Chaque principe de justice fondamentale doit être interprété à la lumière d'intérêts individuels et sociaux qui revêtent suffisamment d'importance pour être qualifiés à juste titre de principes de justice fondamentale dans la société canadienne. Par exemple, cette méthode analytique a été appliquée dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, aux par. 107 et 108 des motifs du juge Iacobucci:

... le principe interdisant l'auto-incrimination peut être interprété différemment, à des époques et dans des contextes différents. Le principe admet de nombreuses règles. Quelle devrait être la règle relativement à la contrainte à témoigner?

46

47

I begin this inquiry by asserting that any rule demanded by the principle against self-incrimination which places a limit on compellability is in dynamic tension with an opposing principle of fundamental justice. That is the principle which suggests that, in a search for truth, relevant evidence should be available to the trier of fact. . . . Obviously, the Charter sanctions deviations from this positive general rule. Sections 11(c) and 13 stand as obvious examples. The question is whether we need another exemption, and if so, why? [Emphasis added.]

See similarly, e.g., *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 603, per McLachlin J., and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 590-91, per Sopinka J.

48

It is the balancing of principles that occurs under s. 7 of the *Charter* that lends significance to a given factual context in determining whether the principle against self-incrimination has been violated. In some contexts, the factors that favour the importance of the search for truth will outweigh the factors that favour protecting the individual against undue compulsion by the state. This was the case, for example, in *Fitzpatrick*, *supra*, where the Court emphasized the relative absence of true state coercion, and the necessity of acquiring statements in order to maintain the integrity of an entire regulatory regime. In other contexts, a reverse situation will arise, as was the case, for example, in *Thomson Newspapers*, *supra*, *S. (R.J.)*, *supra*, and *Branch*, *supra*. In every case, the facts must be closely examined to determine whether the principle against self-incrimination has truly been brought into play by the production or use of the declarant's statement.

### (3) The Present Case

49

In the present appeal, the Crown has argued that it would not violate the principle against self-incrimination to permit the respondent's three statements to police under the *Motor Vehicle Act* to be used against her in a criminal trial. In its view, a proper understanding of the context in which the statements were taken and of the interplay between the relevant principles of fundamental justice

Je tiens tout d'abord à préciser que toute règle commandée par le principe interdisant l'auto-incrimination, qui restreint la contraignabilité, est en tension dynamique avec un principe contraire de justice fondamentale, selon lequel le juge des faits devrait disposer des éléments de preuve pertinents dans sa recherche de la vérité. [ . . . ] De toute évidence, la Charte sanctionne des dérogations à cette règle positive générale. L'alinéa 11c) et l'art. 13 en sont des exemples évidents. Il s'agit de savoir si nous avons besoin d'une autre exemption et, dans l'affirmative, pourquoi? [Je souligne.]

Dans le même sens, voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603, le juge McLachlin, et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 590 et 591, le juge Sopinka.

C'est la pondération des principes dans le cadre de l'art. 7 de la *Charte* qui donne de l'importance à un facteur contextuel donné quand il faut déterminer s'il y a eu atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination. Dans certains cas, les facteurs tenant à l'importance de la recherche de la vérité l'emporteront sur les facteurs tenant à la protection de la personne contre la contrainte indue de l'État. C'est ce qui s'est produit par exemple dans *Fitzpatrick*, précité, où notre Cour a souligné l'absence relative de véritable contrainte de la part de l'État ainsi que la nécessité d'obtenir les déclarations en cause afin de préserver l'intégrité de tout un régime de réglementation. Dans d'autres cas, c'est l'inverse qui se produit, comme cela est arrivé, par exemple, dans *Thomson Newspapers*, *S. (R.J.)*, et *Branch*, précités. Dans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration.

### (3) La présente affaire

En l'espèce, le ministère public prétend que permettre l'utilisation contre l'intimée, dans un procès criminel, des trois déclarations qu'elle avait faites à la police en vertu de la *Motor Vehicle Act*, ne contreviendrait pas au principe interdisant l'auto-incrimination. Selon lui, une bonne compréhension du contexte dans lequel les déclarations ont été obtenues et de l'interaction des principes de justice

results in a finding that s. 7 is not violated. The Crown relies, in particular, upon the decision of this Court in *Fitzpatrick*, *supra*.

*Fitzpatrick* involved enforcement proceedings in the regulatory context of the commercial fishery in British Columbia. The regulatory aspect of the case provided an opportunity for the Court to elaborate in a more detailed fashion on the types of contextual factors that are legally relevant in determining the ambit of the residual protections against self-incrimination provided by s. 7. The accused had made oral hail reports of his daily catch by radio, and had recorded daily fishing logs of his estimated catch, as required by the applicable fishery regulations. He was charged with the provincial offence of overfishing, and the hail reports and fishing logs were sought to be introduced as evidence at trial.

In finding that the admission of the accused's oral and written statements at his trial would not violate the principle against self-incrimination, La Forest J. carefully reviewed the purposes and concerns underlying the principle against self-incrimination, as expressed throughout the Court's jurisprudence on the topic, and concluded that none of these purposes or concerns was meaningfully brought into play in the circumstances. In particular, La Forest J. focussed upon four main factors: (1) the lack of real coercion by the state in obtaining the statements; (2) the lack of an adversarial relationship between the accused and the state at the time the statements were obtained; (3) the absence of an increased risk of unreliable confessions as a result of the statutory compulsion; and (4) the absence of an increased risk of abuses of power by the state as a result of the statutory compulsion.

In my view, the Crown's argument that the factual and legislative context of this case parallels that which was at issue in *Fitzpatrick* is incorrect. Several of the self-incrimination concerns which were absent in *Fitzpatrick* are acutely present here. It will be helpful to address these concerns individually.

fondamentale pertinents mène à la conclusion qu'il n'y a pas eu atteinte à l'art. 7. Le ministère public invoque notamment l'arrêt *Fitzpatrick* de notre Cour, précité.

L'arrêt *Fitzpatrick* portait sur des procédures d'application de la réglementation sur les pêches en Colombie-Britannique. L'aspect réglementaire de l'affaire a fourni l'occasion à notre Cour de donner des précisions sur les types de facteurs contextuels qui sont pertinents en droit pour déterminer l'étendue des protections résiduelles contre l'auto-incrimination prévues à l'art. 7. L'accusé avait fait des rapports verbaux de ses prises quotidiennes par radio et avait tenu des journaux de bord quotidiens de ses prises estimées, comme l'exigeait le règlement applicable. Il a été accusé de l'infraction provinciale de surpêche, et on a cherché à déposer en preuve au procès les rapports radio et les journaux de bord.

Pour conclure que l'utilisation des déclarations verbales et écrites de l'accusé à son procès ne contrevenait pas au principe interdisant l'auto-incrimination, le juge La Forest examine attentivement les objectifs et les préoccupations sous-jacents de ce principe, tels qu'ils ont été énoncés par notre Cour dans ses arrêts sur la question et il conclut qu'aucun d'entre eux n'entre réellement en jeu dans les circonstances. En particulier, le juge La Forest se fonde sur quatre facteurs principaux: 1) l'absence de contrainte réelle de la part de l'État pour obtenir les déclarations; 2) l'absence de relation de nature contradictoire entre l'accusé et l'État au moment de l'obtention des déclarations; 3) l'absence de risque supplémentaire que la contrainte légale entraîne une diminution de la fiabilité des confessions; 4) l'absence de risque supplémentaire que la contrainte légale entraîne des abus de pouvoir de la part de l'État.

À mon avis, le ministère public a tort de dire que le contexte factuel et législatif de l'espèce correspond au contexte en cause dans *Fitzpatrick*. Plusieurs des préoccupations relatives à l'auto-incrimination qui étaient absentes dans *Fitzpatrick* sont très présentes en l'espèce. Il est utile d'aborder ces préoccupations séparément.

50

51

52

D. *Inadmissibility of a Statement Made Under Section 61 of the Motor Vehicle Act*

(1) Existence of Coercion

53 In *Fitzpatrick*, La Forest J. emphasized that the obligations created by the provincial fisheries regulations at issue in that case were imposed upon the accused with his free and informed consent. The accused had a free choice whether or not to participate in the commercial fishery. When he did choose to participate in the fishery, he was informed of his reporting obligations, of the penalties for non-compliance with fisheries regulations, and of the possibility that any reports he might make could be used against him. He was properly deemed to be aware of this information. It could not be said that, by regulating the commercial fishery as it did, the state was coercing the accused to incriminate himself.

54 In this case, the Crown makes submissions to the same effect. Driving is a regulated activity. All drivers are required to obtain a licence to drive. In so doing, the Crown states, they give free and informed consent to all of the rules of the road, including the requirement to report a motor vehicle accident. In such a context, the Crown submits, it cannot be said that a driver is coerced to provide an accident report when the occasion to do so does arise. In support of this proposition, the Crown relies upon, *inter alia*, statements regarding the voluntary nature of driving contained in the decisions of this Court in *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, *Hundal, supra*, and *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103.

55 I agree with the Crown that drivers are deemed to be aware of their responsibilities on the road, and that driving is properly understood as a voluntary activity in the sense described by this Court in the cases cited by the Crown. However, driving is not freely undertaken in precisely the same way as one is free to participate in a regulated industry such as the commercial fishery. Driving is often a necessity of life, particularly in rural areas such as that where the accident occurred in this case.

D. *La non-admissibilité d'une déclaration faite selon l'art. 61 de la Motor Vehicle Act*

(1) L'existence d'une contrainte

Dans *Fitzpatrick*, le juge La Forest a souligné que les obligations créées par le règlement provincial sur les pêches en cause avaient été imposées à l'accusé avec son consentement libre et éclairé. L'accusé avait l'entière liberté de se livrer ou non à la pêche commerciale. Lorsqu'il a effectivement décidé de se livrer à la pêche, il a été informé de son obligation de soumettre des rapports, des sanctions liées au non-respect du règlement sur les pêches et de la possibilité que tout rapport qu'il faisait pouvait être utilisé contre lui. Il était à bon droit présumé savoir tout cela. On ne peut pas dire qu'en réglementant la pêche commerciale, l'État contraignait l'accusé à s'incriminer.

En l'espèce, le ministère public présente le même type d'arguments. La conduite automobile est une activité réglementée. Tous les conducteurs sont tenus d'obtenir un permis de conduire. Ce faisant, dit le ministère public, ils donnent leur consentement libre et éclairé à toutes les règles de la route, dont l'obligation de déclarer un accident de la circulation. Le ministère public soutient que, dans un tel contexte, on ne peut pas dire qu'un conducteur est contraint de faire une déclaration d'accident lorsque l'occasion se présente. À l'appui de cet argument, le ministère public invoque notamment ce que dit notre Cour sur le caractère volontaire de la conduite automobile dans les arrêts *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, *Hundal*, précité, et *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103.

Je partage l'avis du ministère public que les conducteurs sont présumés connaître leurs responsabilités sur la route et que la conduite automobile est considérée à juste titre comme une activité volontaire dans le sens où l'entend notre Cour dans les arrêts qu'il a cités. Toutefois, on n'est pas libre de conduire exactement de la même façon qu'on est libre de travailler dans une industrie réglementée comme la pêche commerciale. La conduite automobile est souvent une nécessité de la vie,

When a person needs to drive in order to function meaningfully in society, the choice of whether to drive is not truly as free as the choice of whether to enter into an industry. While the state should not be perceived as being coercive in requiring drivers to report motor vehicle accidents, the concern with protecting human freedom which underlies the principle against self-incrimination cannot be considered entirely absent in this context. As I view the matter, the issue of free and informed consent must be considered a neutral factor in the determination of whether the principle against self-incrimination is infringed by s. 61 of the *Motor Vehicle Act*.

## (2) Adversarial Relationship

A key factor in the Court's reasoning in *Fitzpatrick* was that the accused and the state were not in an adversarial relationship at the specific time that the self-incriminatory statements were made. The hail reports and fishing logs were made in a context that was entirely free of psychological or emotional pressure for the accused, at a time when the accused was not under investigation by fishing authorities. Moreover, the hail reports and fishing logs were required by the state for the useful purpose of calculating fish stocks in order to determine appropriate fishing quotas. As noted by La Forest J., the accused and the fishing authorities could properly be seen, in exchanging information about the quantity of harvest in this way, as partners in the greater collective endeavour of conserving fish stocks and correspondingly conserving the commercial fishery. La Forest J. emphasized that the hail reports and fishing logs were an essential component of this conservation scheme.

The situation is very different under the *Motor Vehicle Act*. It is true, as the Crown suggests, that drivers and the state do participate in a form of partnership aimed at securing safe roads for the benefit of all citizens. The reporting requirement in

surtout dans les régions rurales comme celle où l'accident a eu lieu en l'espèce. Lorsqu'une personne a besoin de conduire pour fonctionner normalement dans la société, le choix de conduire ou non n'est pas vraiment aussi libre que le choix de faire partie ou non d'une industrie. S'il n'y a pas lieu de percevoir l'obligation de déclarer les accidents de la circulation comme une coercition de l'État, il ne faut pas non plus ignorer complètement, dans ce contexte, le souci de protéger la liberté humaine qui est à la base du principe interdisant l'auto-incrimination. À mon sens, la question du consentement libre et éclairé doit être considérée comme un facteur neutre pour les fins de déterminer si l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* porte atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination.

## (2) La relation de nature contradictoire

Un des facteurs-clés du raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *Fitzpatrick* était que l'accusé et l'État ne se trouvaient pas dans une relation de nature contradictoire au moment précis où les déclarations incriminantes avaient été faites. Les rapports radio et les journaux de bord avaient été faits dans un contexte totalement libre de pression psychologique ou émotive, à une époque où l'accusé ne faisait l'objet d'aucune enquête de la part des autorités des pêches. De plus, l'État exigeait les rapports radio et les journaux de bord dans le but utile d'évaluer les réserves de poissons afin de fixer des quotas de pêche appropriés. Comme le souligne le juge La Forest, vu qu'ils échangeaient de cette façon des renseignements relatifs à la quantité des prises, l'accusé et les autorités des pêches pouvaient être considérés à juste titre comme des partenaires dans l'effort collectif de préservation des réserves de poisson et, par la même occasion, de la pêche commerciale. Le juge La Forest met l'accent sur le fait que les rapports radio et les journaux de bord constituaient une partie essentielle de ce régime de préservation.

La situation est très différente en ce qui concerne la *Motor Vehicle Act*. Il est vrai que, comme le ministère public le mentionne, les conducteurs et l'État forment une sorte de partenariat visant à assurer la sécurité routière au bénéfice de tous les

s. 61 of the Act has the valid purpose of permitting the compilation of road safety information and accident statistics: see, e.g., *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214, at p. 220. Yet the driver who provides an accident report under s. 61 is not in the same situation as the commercial fisher who radios in or documents the quantity of the day's catch.

citoyens. La déclaration imposée à l'art. 61 de la Loi a comme objet valide de permettre la compilation de renseignements relatifs à la sécurité routière et des statistiques en matière d'accidents: voir, par exemple, *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214, à la p. 220. Pourtant, le conducteur qui fait une déclaration d'accident en vertu de l'art. 61 n'est pas dans la même situation que le pêcheur commercial qui communique par radio ou qui inscrit la quantité de ses prises quotidiennes.

58

The provincial decision to vest the responsibility for taking accident reports in the police has the effect of transforming what might otherwise be a partnership relationship into one that is potentially adversarial. Very often, the police officer who is receiving the accident report is simultaneously investigating a possible crime, in relation to which the driver is a suspect. At the same time that the officer is required by s. 61(4) of the *Motor Vehicle Act* to obtain information about the accident from the driver, the officer may equally be required or inclined to inform the driver of possible criminal charges and of the driver's legal rights under the *Charter*, including the right to remain silent. The result is seemingly contradictory instructions from police. Importantly, also, the driver is generally in the officer's immediate physical presence. The result is, quite unlike the situation in *Fitzpatrick*, a context of pronounced psychological and emotional pressure.

La décision de la province de confier à la police la responsabilité de recueillir les déclarations d'accident a pour effet de transformer ce qui pourrait autrement être un partenariat en une relation susceptible d'être de nature contradictoire. Très souvent, le policier qui reçoit la déclaration d'accident enquête en même temps sur une infraction possible à l'égard de laquelle le conducteur est un suspect. Tout en étant tenu par le par. 61(4) de la *Motor Vehicle Act* d'obtenir du conducteur des renseignements au sujet de l'accident, le policier peut de même être obligé ou se sentir obligé d'informer le conducteur des accusations criminelles susceptibles d'être portées contre lui et des garanties juridiques que lui confère la *Charte*, dont le droit de garder le silence. Cela donne lieu à des instructions qui semblent contradictoires de la part de la police. Fait également important, le conducteur se trouve généralement en présence immédiate du policier. Contrairement à la situation de l'affaire *Fitzpatrick*, il résulte de cela un contexte de forte pression psychologique et émotive.

59

The facts of this appeal provide a clear illustration of the problem. The police arrived at the respondent's home immediately after she phoned them, suggesting a sense of urgency. Upon hearing the news of the victim's death, the respondent was extremely upset and accordingly vulnerable. Although the police did not interrogate her in a rigorous fashion, the respondent knew that Sgt. Tait was attending at her home in anticipation of receiving information about the accident. She also felt that she was required to speak to him, a feeling that was reinforced by Sgt. Tait's having waited outside her home while she spoke to a lawyer, and by his statement to her after she spoke to a lawyer

Les faits du présent pourvoi illustrent bien le problème. La police est arrivée chez l'intimée tout de suite après l'appel de cette dernière, ce qui indique un sentiment d'urgence. L'intimée a été bouleversée d'apprendre le décès de la victime, ce qui l'a rendue vulnérable. La police ne l'a pas soumise à un interrogatoire sévère, mais l'intimée savait que le sergent Tait était chez elle pour obtenir des renseignements sur l'accident. Elle avait également l'impression qu'elle était tenue de lui parler, impression renforcée par le fait que le sergent Tait l'attendait à l'extérieur pendant qu'elle parlait à un avocat et par le fait que le policier lui avait dit par la suite qu'elle avait toujours l'obliga-

that she remained under an obligation to provide an accident report, notwithstanding her right to remain silent and the advice of her lawyer.

Another important distinction between this appeal and *Fitzpatrick*, in so far as the existence of a partnership relationship is concerned, is that there is no suggestion in this case that the use of accident reports in criminal proceedings is an essential component of the regulatory partnership created by the *Motor Vehicle Act*. Under the fisheries regulations that were at issue in *Fitzpatrick*, the use of reports of daily fish harvests in the prosecution of overfishing was found to be essential to the integrity of the entire regulatory regime — a regime that was beneficial to both the state and the accused as a commercial fisher. In contrast, under the *Motor Vehicle Act*, it is clear that the province of British Columbia does not consider the use of accident reports in subsequent legal proceedings to be essential at all. The inclusion of s. 61(7), extending use immunity in relation to the contents of an accident report in subsequent proceedings against the driver, reveals an intention to use accident reports in order to gather information only for non-litigious purposes. In other words, the partnership between the individual driver and the state does not encompass the use of the compelled accident report to incriminate the driver. The fact that the statements in this case are sought to be introduced in criminal rather than regulatory proceedings simply serves to accentuate the fact that the Crown seeks to use the statement for a purpose that was never contemplated as being a component of the regulatory regime.

### (3) Unreliable Confessions

In *Fitzpatrick*, the Court found that the hail reports and fishing logs could not properly be characterized as “confessions” for the purpose of the confessions rule. The Court also found that, even if these reports were confessions, the use of these oral and written reports as evidence in regulatory proceedings for overfishing did not increase the likelihood of the reports’ being falsified. La Forest J. noted that there was probably already

tion de faire une déclaration d’accident, malgré son droit de garder le silence et les conseils de son avocat.

Une autre distinction importante entre le présent pourvoi et l’arrêt *Fitzpatrick*, relativement à l’existence d’un partenariat, est qu’en l’espèce, rien n’indique que l’utilisation des déclarations d’accident dans le cadre de procédures criminelles est une partie importante du partenariat de réglementation par la *Motor Vehicle Act*. L’arrêt *Fitzpatrick* conclut qu’en vertu du règlement sur les pêches, l’utilisation de rapports de prises quotidiennes de poissons dans le cadre des poursuites intentées pour surpêche était essentielle à l’intégrité du régime de réglementation tout entier — un régime qui bénéficiait tant à l’État qu’à l’accusé en tant que pêcheur commercial. Par opposition, il ressort de la *Motor Vehicle Act* que la province de la Colombie-Britannique n’estime pas essentielle du tout l’utilisation des déclarations d’accident dans le cadre de procédures judiciaires ultérieures. La présence du par. 61(7), qui étend aux procédures ultérieures contre le conducteur l’immunité contre l’utilisation de la preuve relative au contenu d’une déclaration d’accident, indique l’intention de n’utiliser les déclarations d’accident qu’à des  fins non contentieuses . En d’autres termes, le partenariat entre le conducteur et l’État ne comporte pas l’utilisation de la déclaration obligatoire d’accident pour incriminer le conducteur. Le fait qu’on ait cherché en l’espèce à présenter les déclarations dans le cadre de procédures criminelles plutôt que réglementaires démontre encore davantage que le ministère public tente d’utiliser la déclaration dans un but qui n’a jamais été envisagé comme un élément du régime de réglementation.

### (3) Les confessions indignes de foi

Dans l’arrêt *Fitzpatrick*, notre Cour conclut que les rapports radio et les journaux de bord ne pouvaient pas être qualifiés de «confessions» pour les fins de la règle des confessions. Notre Cour a également conclu que, même si ces rapports constituaient des confessions, l’utilisation de ces rapports oraux et écrits en preuve, dans le cadre de poursuites pour surpêche en vertu de la réglementation, ne rendait pas leur falsification plus

an incentive to submit false hail reports and fishing logs — a danger which was combatted to some degree by the prosecution of those who submit such false statements. He also could not envision an alternative scheme which would permit more reliable statements while still achieving the objectives of the regulatory regime.

probable. Le juge La Forest souligne qu'il existait probablement déjà une incitation à falsifier les rapports radio et les journaux de bord — un risque combattu dans une certaine mesure par la poursuite de ceux qui soumettent ces faux rapports. Il ne voit pas non plus quel autre régime différent permettrait l'obtention de rapports plus fiables tout en atteignant les objectifs du régime de réglementation.

62 Under the *Motor Vehicle Act*, the prospect of unreliable confessions is very real. In particular, accident reports under the Act are frequently given directly to a police officer, i.e., to a person in authority whose authority and physical presence might cause the driver to produce a statement in circumstances where he or she is not truly willing to speak: see *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 24, *per* Cory J. The driver who reasonably believes that he or she has a statutory duty to provide an accident report under the *Motor Vehicle Act* will likely experience a significant "fear of prejudice" if he or she does not speak. At the same time, there may be a strong incentive to provide a false statement, given the serious consequences which the driver may feel will flow from telling the truth, even if the truth does not in fact support a finding that a criminal offence was committed. It is reasonable to expect that this fear of prejudice and incentive to lie would be dissipated if the driver could be confident that the contents of the accident report could never be used to incriminate him or her in criminal proceedings. A rule which granted use immunity in criminal proceedings would thus serve to enhance rather than impair the effectiveness of the statutory reporting scheme, as was suggested by Esson J.A. in the Court of Appeal below. Indeed, it is possibly for precisely this purpose that the province originally enacted the use immunity set out in s. 61(7).

En vertu de la *Motor Vehicle Act*, la perspective de confessions indignes de foi est très réelle. En particulier, les déclarations d'accident en vertu de la Loi sont fréquemment faites à un policier, c.-à-d., à une personne en situation d'autorité dont le pouvoir et la présence physique peuvent induire le conducteur à faire une déclaration dans des circonstances où il ne désire pas vraiment parler: voir *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, au par. 24, le juge Cory. Il est probable que le conducteur qui croit raisonnablement être légalement tenu de faire une déclaration d'accident en vertu de la *Motor Vehicle Act* éprouve une forte «crainte de préjudice» s'il ne parle pas. Parallèlement, il peut y avoir une forte incitation à faire une fausse déclaration, puisque le conducteur peut craindre que de graves conséquences découlent de la vérité, même si, dans les faits, la vérité ne mène pas à la conclusion qu'une infraction criminelle a été commise. Il est raisonnable de penser que cette crainte de préjudice et cette incitation à mentir disparaîtraient si le conducteur pouvait être certain que le contenu de la déclaration d'accident ne serait jamais utilisé pour l'incriminer dans des poursuites criminelles. Une règle qui conférerait l'immunité contre l'utilisation de la preuve dans des poursuites criminelles servirait donc à favoriser plutôt qu'à diminuer l'efficacité du régime légal de déclarations, comme l'indique en l'espèce le juge Esson de la Cour d'appel. D'ailleurs, il est possible que ce soit exactement dans ce but que la province, dès le départ, a édicté l'immunité contre l'utilisation de la preuve prévue au par. 61(7).

#### (4) Abuse of Power

63 The final major concern underlying the principle against self-incrimination that was addressed by the Court in *Fitzpatrick* was the concern that

#### (4) L'abus de pouvoir

La dernière préoccupation majeure se trouvant à la base du principe interdisant l'auto-incrimination que notre Cour examine dans l'arrêt *Fitzpatrick*

permitting the use of compelled statements in order to incriminate commercial fishers would increase the likelihood of abusive conduct by the state. La Forest J. found that it was not abusive for the state to prosecute overfishing on the basis of true reports that fishers were required to complete as a condition of their voluntary participation in the commercial fishery. He noted, as I mentioned above, that the alternative to compulsory self-reporting would be far more intrusive, since the state would be required to investigate overfishing by increasing patrols and vessel searches. La Forest J. also relied upon the fact that there is a minimal expectation of privacy in daily hail reports and fishing logs. He noted that using the information contained in these reports could not be seen as an affront to human dignity, since nothing in the reports divulged information of a personal or private nature.

In the present case, again, the possibility is real and serious that permitting the use of compelled accident reports within criminal proceedings might increase the likelihood of abusive conduct by the state. In taking accident reports from drivers, police would have a strong incentive or perhaps an unconscious inclination to overemphasize the extent of the statutory duty to report an accident under the Act, in order to obtain relevant information. The effect of such an overemphasis might be to circumvent or defeat a driver's s. 7 right to remain silent when under investigation for a criminal offence. One can easily imagine the situation of a driver who, confused by the apparent inconsistency between the duty to report and the right to remain silent, would provide a more extensive statement to police than legally required under the Act. Conversely, in a situation where all statements made by the driver under compulsion of the Act are subject to use immunity, police are more likely to conduct an independent investigation

est la crainte que permettre l'utilisation de déclarations forcées pour incriminer des pêcheurs commerciaux augmenterait la probabilité de conduite abusive de la part de l'État. Le juge La Forest conclut qu'il n'est pas abusif de la part de l'État de poursuivre pour surpêche en se fondant sur des rapports véridiques que les pêcheurs sont tenus de remplir pour avoir le droit de se livrer à la pêche commerciale. Comme je le mentionne plus haut, il fait remarquer que l'alternative à l'obligation de soumettre des rapports serait beaucoup plus envahissante puisque l'État serait obligé d'augmenter le nombre de patrouilles et de fouilles de navires pour enquêter sur la surpêche. Le juge La Forest se fonde aussi sur le fait que les attentes étaient minimales quant au caractère privé des rapports radio et des journaux de bord quotidiens. Il souligne que l'utilisation des renseignements contenus dans ces rapports ne pouvait pas être considérée comme un affront à la dignité humaine puisque ces rapports ne divulguaient aucun renseignement de nature personnelle ou privée.

Là encore, en l'espèce, il existe une possibilité réelle et sérieuse que permettre l'utilisation de déclarations obligatoires d'accident dans des procédures criminelles augmente la possibilité de conduite abusive de l'État. En recevant des déclarations d'accident de conducteurs, les policiers seraient fortement incités ou seraient peut-être inconsciemment enclins à insister de façon exagérée sur l'obligation qu'impose la Loi de déclarer l'accident afin d'obtenir des renseignements pertinents. Une telle insistance pourrait avoir l'effet de contourner ou d'annihiler le droit du conducteur, en vertu de l'art. 7, de garder le silence lorsqu'il fait l'objet d'une enquête relative à une infraction criminelle. On peut facilement imaginer le cas d'un conducteur qui, déconcerté par l'incompatibilité apparente entre l'obligation de déclarer et le droit de garder le silence, ferait une déclaration plus détaillée à la police que celle exigée par la Loi. Inversement, dans une situation où toutes les déclarations que le conducteur fait sous l'obligation de la Loi jouissent d'une immunité contre l'utilisation en preuve, les policiers sont davantage susceptibles de mener une enquête indépendante

rather than to use the compulsory accident reporting system as a source of information.

65

The inability of police to rely upon statements made under the compulsion of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* highlights the importance of questioning a driver separately for the purpose of engaging in a criminal investigation. Clearly, police are entitled to question a person who is suspected of a motor vehicle offence, and who is properly advised of and given the opportunity to exercise his or her *Charter* rights. The effect of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* is thus to create a logistical difficulty for police. If police wish to use in criminal proceedings information acquired from the driver through questioning, the information must not be provided pursuant to the duty in s. 61. There are several ways in which police might organize their investigation in order to prevent any information acquired independently of s. 61 from becoming "tainted", as it were, by the accident report that is subject to use immunity. One possibility, which appears to be contemplated by s. 61(4) of the Act, is for police to inform the driver that they intend to secure the details of the accident report, not from the driver himself or herself, but "by other inquiries", thus terminating the driver's statutory duty to report the accident and permitting police to begin their investigation immediately.

66

Finally, it should be noted that an accident report is not at all analogous to the hail reports and fishing logs in *Fitzpatrick*, which La Forest J. compared to business records in so far as they were impersonal lists in which the declarant had little expectation of privacy. The spontaneous utterances of a driver, occurring very shortly after an accident, are exactly the type of communication that the principle against self-incrimination is designed to protect. They are a personal narrative of events, emotions, and decisions that are extremely revealing of the declarant's personality, opinions, thoughts, and state of mind. The dignity of the declarant is clearly affected by the use of

que d'utiliser le système de déclaration obligatoire d'accident comme source d'information.

L'incapacité de la police de s'appuyer sur des déclarations requises par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* met en évidence l'importance d'interroger un conducteur de façon distincte quand il s'agit d'entreprendre une enquête criminelle. De toute évidence, les policiers ont le droit d'interroger une personne qui est soupçonnée d'une infraction de la route lorsqu'elle a correctement été informée des droits que lui garantit la *Charte* et a eu la possibilité de les exercer. L'effet de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* est donc de créer un problème logistique pour la police. Si la police veut utiliser dans des procédures criminelles les renseignements obtenus en interrogeant un conducteur, ces renseignements ne doivent pas avoir été fournis en vertu de l'obligation prévue à l'art. 61. Les policiers pourraient organiser leur enquête de plusieurs façons pour empêcher que des renseignements obtenus indépendamment de l'art. 61 ne soient «viciés» par la déclaration d'accident assortie d'une immunité contre l'utilisation en preuve. Une possibilité, qui paraît envisagée par le par. 61(4) de la Loi, est que les policiers avisent le conducteur qu'ils ont l'intention d'obtenir les détails de la déclaration d'accident non pas du conducteur lui-même, mais «par d'autres moyens», mettant ainsi fin à l'obligation légale du conducteur de déclarer l'accident et permettant aux policiers de commencer leur enquête immédiatement.

Enfin, il faut souligner qu'une déclaration d'accident n'est en rien analogue aux rapports radio et aux journaux de bord de l'affaire *Fitzpatrick*, que le juge La Forest compare à des dossiers d'entreprise, dans la mesure où il s'agissait de listes impersonnelles d'au sujet desquelles l'auteur de la déclaration avait une faible attente en matière de vie privée. Les commentaires spontanés d'un conducteur peu de temps après un accident représentent exactement le genre de communications que le principe interdisant l'auto-incrimination vise à protéger. Ils constituent une version personnelle d'événements, d'émotions et de décisions qui sont extrêmement révélateurs de la personnalité, des

this narrative to incriminate. I would note that, while it is well established that there is a reduced expectation of privacy in a vehicle generally, compared to the expectation of privacy in a dwelling, this fact is largely irrelevant to the analysis here. The question in this case involves the expectation of privacy that a declarant has in a confession. The fact that the confession has to do with a car is entirely incidental.

#### (5) Conclusion on Contextual Factors

In sum, then, the analogy which the Crown has endeavoured to draw between the context of this case and that in *Fitzpatrick* is inapt. The principle against self-incrimination is strongly brought into play by numerous aspects of the context surrounding the compulsion to make an accident report under s. 61 of the *Motor Vehicle Act*. A driver who makes a statement pursuant to the statutory duty set out in s. 61 is entitled, at least, to use immunity in criminal proceedings in relation to the contents of that statement.

It now remains to consider what it means to make a statement pursuant to s. 61. Before doing so, however, I will address briefly the finding made by Southin J.A., dissenting in the Court of Appeal below, that the principle against self-incrimination will not be violated if only certain parts of an accident report are used against him or her in criminal proceedings.

#### E. *The Question of Limited Admissibility*

Southin J.A. found that, although s. 7 is engaged by the requirement to report an accident under s. 61 of the *Motor Vehicle Act*, it is not engaged to the extent that s. 61 requires a driver to provide his or her name and address and to acknowledge that he or she was driving at a particular place and time. Southin J.A. stated that a proper balance between the rights of the individual driver and the interest of society in curbing motor vehicle offences could not be achieved unless this

idées, des pensées et de l'état d'esprit de l'auteur de la déclaration. La dignité de ce dernier est manifestement affectée par l'utilisation de cette version pour l'incriminer. Je souligne que, même s'il est bien établi que les attentes quant au caractère privé d'un véhicule sont en général plus faibles comparativement au caractère privé d'une habitation, ce fait n'est pas vraiment pertinent aux fins de la présente analyse. En l'espèce, la question porte sur les attentes quant au caractère privé d'une confession. Le fait que la confession ait trait à une automobile est entièrement accessoire.

#### (5) Conclusion sur les facteurs contextuels

Donc, en bref, l'analogie que le ministère public a tenté de faire entre le contexte de la présente affaire et celui de l'affaire *Fitzpatrick* est erronée. Les diverses facettes du contexte de l'obligation imposée par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* font entrer directement en jeu le principe interdisant l'auto-incrimination. Le conducteur qui fait une déclaration d'accident en vertu de l'obligation prévue par l'art. 61 a au moins droit à l'immunité contre son utilisation dans des poursuites criminelles relativement à son contenu.

Il reste maintenant à examiner ce que signifie le fait de faire une déclaration en vertu de l'art. 61. Toutefois, je vais auparavant aborder brièvement la conclusion du juge Southin, dissidente en Cour d'appel en l'espèce, selon laquelle il n'y a pas atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination si certaines parties seulement de la déclaration d'accident sont utilisées contre son auteur dans des poursuites criminelles.

#### E. *La question de l'admissibilité restreinte*

Le juge Southin conclut que, même si l'obligation de déclarer tout accident en vertu de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* est assujettie à l'art. 7, cet assujettissement ne s'étend pas à l'obligation imposée au conducteur par l'art. 61 de fournir son nom et son adresse, et de reconnaître avoir conduit à un endroit et à un moment particuliers. Le juge Southin dit que pour atteindre un équilibre approprié entre les droits du conducteur et l'intérêt de la société dans la réduction du nombre des infractions

67

68

69

information could be used in order to prosecute. She acknowledged that the use of such information in the respondent's case might be sufficient to permit her conviction under s. 252(1)(a) of the *Code*. The majority of the Court of Appeal did not draw a distinction between types of information acquired under s. 61 that might be admissible in criminal proceedings.

70

In my view, and with respect, the distinction drawn by Southin J.A. is inappropriate. The protection afforded by the principle against self-incrimination does not vary based upon the relative importance of the self-incriminatory information sought to be used. If s. 7 is engaged by the circumstances surrounding the admission into evidence of a compelled statement, the concern with self-incrimination applies in relation to all of the information transmitted in the compelled statement. Section 7 is violated and that is the end of the analysis, subject to issues relating to s. 24(1) of the *Charter*.

71

I would emphasize that creating an immunity against the use of an accident report in subsequent criminal proceedings is itself a balancing between society's goal of discovering the truth, on the one hand, and the fundamental importance for the individual of not being compelled to self-incriminate, on the other. The granting of use immunity does not equate to the primacy of the principle against self-incrimination over other fundamental principles. As was explained in *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 107-40, the grant of a use immunity permits the state to achieve the important objective of acquiring relevant information immediately, for a purpose unrelated to the investigation of specific crimes, while protecting the individual against jeopardy from the use of that information against him or her in penal proceedings at a later time. Notably, use immunity is a narrower protection against self-incrimination than "transactional immunity", whereby the individual is protected against subsequent penal proceedings *per se*, and is narrower too than a complete right to silence, whereby the individual would be protected against

de la route il faut permettre l'utilisation de ces renseignements en vue de poursuites. Elle reconnaît que l'utilisation de ces renseignements peut être suffisante pour que l'intimée soit déclarée coupable en vertu de l'al. 252(1)a) du *Code*. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ne font pas de distinction entre les divers types de renseignements obtenus en vertu de l'art. 61 qui pourraient être admissibles dans des poursuites criminelles.

J'estime avec égards que la distinction établie par le juge Southin est inappropriée. La protection donnée par le principe interdisant l'auto-incrimination ne varie pas selon l'importance relative des renseignements incriminants que l'on cherche à utiliser. Si les circonstances entourant l'utilisation d'une déclaration forcée tombent sous l'application de l'art. 7, la préoccupation relative à l'auto-incrimination s'applique à l'ensemble des renseignements fournis au moyen de cette déclaration. Il y a atteinte à l'art. 7 et cela met fin à l'analyse, sous réserve des questions liées au par. 24(1) de la *Charte*.

Je tiens à souligner que la création d'une immunité contre l'utilisation d'une déclaration d'accident lors de procédures criminelles ultérieures constitue elle-même la recherche d'un équilibre entre, d'une part, le but de la société de découvrir la vérité et, d'autre part, l'importance fondamentale pour la personne de ne pas être contrainte de s'incriminer. L'immunité contre l'utilisation de la preuve ne donne pas préséance au principe interdisant l'auto-incrimination sur les autres principes fondamentaux. Comme l'explique l'arrêt *S. (R.J.)*, précité, aux par. 107 à 140, l'octroi de l'immunité contre l'utilisation de la preuve permet à l'État de réaliser l'important objectif d'obtenir sur-le-champ des renseignements pertinents, à d'autres fins qu'une enquête sur des infractions précises, tout en protégeant la personne contre le risque que représenterait l'utilisation de ces renseignements contre elle dans des poursuites pénales ultérieures. Notamment, l'immunité contre l'utilisation de la preuve constitue une protection moins étendue contre l'auto-incrimination que «l'immunité à l'égard d'une affaire donnée», où la personne est protégée contre toute procédure pénale en soi, et

even having to speak to state authorities in the first place.

Moreover, it must be recalled that the purpose of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* is not to assist police in the investigation of specific crimes. The provinces are entitled to inquire into factual circumstances that may involve the commission of a criminal offence, but their jurisdiction does not extend so far as to trench upon the federal power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* over the criminal law: see, e.g., *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366. Accordingly, the balance which must be struck in the context of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* is not between self-incrimination concerns, on the one hand, and the effectiveness of criminal prosecutions, on the other. Rather, the balance which must be struck is between a driver's right not to be compelled to self-incriminate in criminal proceedings, and the province's interest in highway safety. Particularly, as mentioned, given that the province has indicated through s. 61(7) of the Act that it does not wish to be able to use the information contained in accident reports to incriminate drivers, the balance struck by the granting of a use immunity appears to be the most effective way of achieving valid public objectives without sacrificing the principle against self-incrimination.

#### F. *Establishing the Existence of Compulsion Under Section 61*

I have stated that a statement made under compulsion of s. 61 of the *Motor Vehicle Act* cannot be used to incriminate the declarant in subsequent criminal proceedings. There remains the question of how it is to be determined that a statement was, in fact, made under compulsion of the statute.

##### (1) The Need for an Honest and Reasonably Held Belief

A declarant under s. 61 of the *Motor Vehicle Act* will be protected by use immunity under s. 7 of the

elle est aussi moins étendue que le droit absolu de garder le silence, qui exempte la personne de l'obligation même de parler aux autorités gouvernementales.

Il faut en outre rappeler que l'objet de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* n'est pas d'aider la police à enquêter sur des crimes particuliers. Les provinces ont le droit d'enquêter sur des faits susceptibles de comporter la perpétration d'une infraction criminelle, mais leur pouvoir ne va pas jusqu'à empiéter sur le pouvoir conféré au Parlement en matière de droit criminel par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*: voir, par exemple, *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366. Par conséquent, l'équilibre recherché dans le cadre de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* ne se situe pas entre, d'une part, les préoccupations relatives à l'auto-incrimination et, d'autre part, l'efficacité des poursuites criminelles. L'équilibre qui doit être atteint se situe plutôt entre le droit du conducteur de ne pas être forcé à s'incriminer dans le cadre de procédures criminelles et l'intérêt de la province dans la sécurité routière. Comme il a été notamment mentionné, puisque la province a indiqué au moyen du par. 61(7) de la Loi qu'elle ne désire pas pouvoir utiliser les renseignements contenus dans les déclarations d'accident pour incriminer les conducteurs, l'équilibre trouvé par l'octroi de l'immunité contre l'utilisation de la preuve paraît être la meilleure façon d'atteindre des objectifs publics valides sans sacrifier le principe interdisant l'auto-incrimination.

#### F. *L'existence d'une contrainte aux termes de l'art. 61*

J'ai dit qu'une déclaration faite sous la contrainte de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* ne pouvait pas être utilisée pour incriminer son auteur dans des procédures criminelles ultérieures. Il reste à savoir comment déterminer qu'une déclaration a réellement été faite sous la contrainte de la loi.

##### (1) La nécessité d'une croyance sincère et raisonnable

L'auteur de déclarations faites en vertu de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* n'est protégé par

72

73

74

*Charter* only to the extent that the relevant statements may properly be considered compelled. Accordingly, the driver has an interest in knowing with some certainty precisely when he or she is required to speak, and when he or she is permitted to exercise the right to remain silent in the face of police questioning. Conversely, the ability of the state to prosecute crime will be impaired to the extent of the reporting requirement under s. 61 of the *Motor Vehicle Act*. Thus the public, too, has a strong interest in identifying with some certainty the dividing line between the taking of an accident report under s. 61, on the one hand, and ordinary police investigation into possible crimes, on the other. When will a driver's answers to police questioning cease to be protected by the use immunity provided by s. 7 of the *Charter*?

l'immunité contre leur utilisation, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, que lorsque les déclarations pertinentes peuvent être considérées comme faites sous la contrainte. En conséquence, il est dans l'intérêt du conducteur de savoir de façon assez certaine quand, exactement, il est tenu de parler et quand il peut exercer son droit de garder le silence face à l'interrogatoire de la police. En revanche, la capacité de l'État d'engager des poursuites criminelles est diminuée par les déclarations obligatoires imposées par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*. Le public a donc lui aussi fortement intérêt à ce que soit tracée une frontière assez certaine entre, d'une part, l'obtention d'une déclaration d'accident en vertu de l'art. 61 et, d'autre part, l'enquête policière ordinaire sur des crimes potentiels. Quand les réponses données par un conducteur aux questions de la police cessent-elles d'être protégées par l'immunité fournie par l'art. 7 de la *Charte* contre leur utilisation?

75 The Court of Appeal below did not discuss this issue in detail. I would like to elaborate briefly on the legal definition of a compelled statement under s. 61. In my view, the test for compulsion under s. 61(1) of the *Motor Vehicle Act* is whether, at the time that the accident was reported by the driver, the driver gave the report on the basis of an honest and reasonably held belief that he or she was required by law to report the accident to the person to whom the report was given.

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas analysé cette question en détail. J'aimerais aborder brièvement la question de la définition juridique de la déclaration forcée aux termes de l'art. 61. À mon avis, la contrainte en vertu du par. 61(1) de la *Motor Vehicle Act* est établie si, au moment où l'accident a été déclaré par le conducteur, ce dernier a fait sa déclaration en raison de la croyance sincère et raisonnable qu'il était légalement tenu de déclarer l'accident à la personne à qui la déclaration a été faite.

76 The requirement that the accident report be given on the basis of a subjective belief exists because compulsion, by definition, implies an absence of consent. If a declarant gives an accident report freely, without believing or being influenced by the fact that he or she is required by law to do so, then it cannot be said that the statute is the cause of the declarant's statements. The declarant would then be speaking to police on the basis of motivating factors other than s. 61 of the *Motor Vehicle Act*.

L'exigence que la déclaration d'accident soit faite en raison d'une croyance subjective existe parce que la contrainte comporte, par définition, l'absence de consentement. Si une personne fait volontairement une déclaration d'accident, sans croire qu'elle est légalement tenue de le faire ou sans être influencée par ce fait, on ne peut pas dire alors que la loi est la cause de ses déclarations. L'auteur des déclarations parlerait alors à la police en raison de motivations autres que l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*.

77 The requirement that the declarant's honest belief be reasonably held also relates to the meaning of compulsion. The principle against self-incrimination is concerned with preventing the

L'exigence que la croyance sincère de l'auteur de la déclaration soit raisonnable est également liée à la signification de contrainte. Le principe interdisant l'auto-incrimination vise à prévenir

abuse of state power. It is not concerned with preventing unreasonable perceptions that state power exists. There is no risk of true oppression of the individual where the state acts fairly and in accordance with the law, but the individual unreasonably perceives otherwise. It is true that the individual who unreasonably believes that he or she is compelled to speak may produce an unreliable confession, but this result will have flowed from concerns that are outside the scope of the principle against self-incrimination: see *Hodgson, supra*, at para. 34, *per* Cory J. The requirement that an honest belief be reasonably held is an essential component of the balancing that occurs under s. 7. The application of the principle against self-incrimination begins, and the societal interest in the effective investigation and prosecution of crime is subordinated, at the moment when a driver speaks on the basis of a reasonable and honest belief that he or she is required by law to do so.

I would note that the requirement that a driver's honest belief be reasonably held does not necessarily mean that the driver must have had, as a strict matter of law, a statutory duty to report the accident. This point was made by the trial judge, who found that it may be reasonable for a driver to believe that he or she is required to report an accident even where the damage caused by the accident is not sufficient to trigger the duty to report under s. 61 of the *Motor Vehicle Act*, or where the driver is unaware of the extent of damage caused. Clearly, the existence of a general statutory duty to report accidents is a critical factor in determining the reasonableness of a driver's belief that he or she was required to do so. However, I would not go so far as to say that a driver's belief in the duty to report will be unreasonable simply because, for example, the property damage caused by the accident appeared to total only \$500 in value, while the trigger value for the duty to report under the *Motor Vehicle Act* is \$1000 in the case of a motor vehicle other than a motorcycle. The nature and extent of the damage caused by the accident, and the driver's awareness of such damage, will simply be

l'abus par l'État de son pouvoir. Il ne vise pas à prévenir les perceptions déraisonnables du pouvoir de l'État. Il n'y a aucun danger de véritable oppression de la personne lorsque l'État agit de façon équitable et conformément à la loi, mais que la personne, sans motif raisonnable, perçoit les choses autrement. Il est vrai que la personne qui croit déraisonnablement être contrainte de parler peut faire une confession indigne de foi, mais ce résultat découle de préoccupations qui sont étrangères au principe interdisant l'auto-incrimination: voir *Hodgson*, précité, au par. 34, le juge Cory. L'exigence d'une croyance sincère et raisonnable est un élément essentiel de la pondération à laquelle donne lieu l'art. 7. L'application du principe interdisant l'auto-incrimination commence, et l'intérêt de la société dans l'efficacité des enquêtes et des poursuites criminelles passe au second plan, dès que le conducteur parle en raison de la croyance raisonnable et sincère qu'il est légalement obligé de le faire.

Je note que l'exigence que la croyance sincère du conducteur soit raisonnable ne signifie pas nécessairement que celui-ci doit avoir eu, au strict plan juridique, l'obligation légale de déclarer l'accident. Cela a été souligné par le juge du procès, qui a conclu qu'un conducteur pouvait raisonnablement croire être tenu de déclarer un accident même si les dommages causés par l'accident étaient insuffisants pour déclencher l'obligation de déclarer prévue par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*, ou même si le conducteur ignore l'étendue des dommages. Il est évident que l'existence d'une obligation légale générale de déclarer les accidents est un facteur-clé de l'évaluation du caractère raisonnable de la croyance du conducteur qu'il était tenu de le faire. Je n'irais toutefois pas jusqu'à dire que la croyance d'un conducteur qu'il a l'obligation de déclarer un accident serait déraisonnable pour la seule raison que, par exemple, les dommages matériels causés par l'accident paraîtraient être d'environ 500 \$ seulement, alors que la valeur minimale pour déclencher l'obligation de déclarer, en vertu de la *Motor Vehicle Act*, est de 1 000 \$ dans le cas d'un véhicule à moteur autre qu'une motocyclette. La nature et l'étendue des dommages causés par l'accident, ainsi que la con-

factors for the trial judge to consider in evaluating the reasonableness of the driver's belief.

79 Having emphasized the importance of a driver's honest belief in compulsion being reasonably held, I should also emphasize that I agree with the trial judge that the scope of the compulsion created by s. 61(1) of the *Motor Vehicle Act* is fairly broad.

80 Section 61(1) requires a driver involved in an accident to report the accident and, in very general terms, to "furnish the information respecting the accident required by the police officer or designated person". Section 61(4) requires the person receiving an accident report from a driver to "secure from the person making [the report] . . . the particulars of the accident, the persons involved, the extent of the personal injury or property damage and other information necessary to complete a written report of the accident" (emphasis added). Thus the Act defines the statutory duty to report an accident to police in vague terms. At the same time, the discretion to determine what information is necessary to a written accident report is vested exclusively in the police officer taking the report. The driver is largely subject to the will of this officer with respect to determining what constitutes a compelled statement. Provided that the police have offered no indication to the driver that the statutory requirements for the reporting of an accident have been satisfied, it will likely be reasonable for a driver to assume that he or she continues to be subject to a statutory duty to speak to police. Accordingly, as a practical matter, it will be very important for the police officer who takes an accident report while simultaneously investigating a crime to delineate clearly for the declarant the start and end points of the accident report. For example, it may be useful for police to tell the driver that they will postpone the taking of an accident report until after they have questioned, or attempted to question, the driver. Alternatively, as discussed above, police may wish to tell the driver that they intend to secure the details of the

naissance du conducteur de l'existence de tels dommages, ne constituent que des facteurs à examiner par le juge du procès pour évaluer le caractère raisonnable de la croyance du conducteur.

Après avoir souligné qu'il est important que la croyance sincère du conducteur qu'il existe une contrainte soit raisonnable, je dois également souligner que je partage l'opinion du juge du procès selon laquelle la portée de la contrainte créée par le par. 61(1) de la *Motor Vehicle Act* est assez large.

Le paragraphe 61(1) oblige le conducteur impliqué dans un accident à déclarer l'accident et, en des termes très généraux, à «fournir tout renseignement requis par le policier ou la personne désignée relativement à l'accident». Le paragraphe 61(4) oblige la personne qui reçoit une déclaration d'accident de la part d'un conducteur à «obtenir, de la part de l'auteur [de la déclaration] [. . .] des détails sur l'accident, sur les personnes impliquées, l'étendue des blessures et des dommages matériels, ainsi que tout autre renseignement nécessaire pour rédiger un rapport de l'accident» (je souligne). La Loi définit donc en termes vagues l'obligation légale de déclarer tout accident à la police. Parallèlement, le pouvoir discrétionnaire de décider de la nature des renseignements nécessaires pour rédiger un rapport d'accident est conféré uniquement au policier qui reçoit la déclaration. Le conducteur est largement soumis à la volonté de ce policier quant à savoir ce que constitue une déclaration forcée. Dans la mesure où le policier ne fournit au conducteur aucune indication que les exigences légales en matière de déclarations d'accident ont été remplies, il sera vraisemblablement raisonnable pour un conducteur de penser qu'il continue d'être assujéti à l'obligation légale de parler à la police. À toutes fins pratiques, il sera très important que le policier qui reçoit une déclaration d'accident tout en enquêtant sur un crime indique clairement à l'auteur de la déclaration le début et la fin de cette dernière. Par exemple, il peut être utile pour les policiers de dire au conducteur qu'ils ne recueilleront la déclaration d'accident qu'après l'avoir interrogé, ou après avoir tenté de l'interroger. Ou encore, comme nous l'avons déjà dit, les policiers pourraient vouloir dire au conducteur qu'ils ont

accident report from sources other than the driver, thus terminating the statutory duty to report.

## (2) Onus of Proof

Does the Crown bear the onus of establishing that an accident report was not made pursuant to the statutory duty created by s. 61 of the *Motor Vehicle Act*? The answer to this question must be no. The accused who raises a *Charter* challenge to the admissibility of evidence bears the onus of establishing an infringement of his or her *Charter* rights. Thus, where an accused seeks to argue that the admission of a statement into evidence will violate the principle against self-incrimination under s. 7 because he or she was compelled to make the statement by the terms of a provincial statute, it is the accused who must establish on the balance of probabilities that the statement was compelled. There cannot be any controversy about this point. The real question is whether the trial judge erred by placing an onus on the Crown to disprove compulsion.

In my view, the trial judge's reasons should not be construed as having misapplied the onus under s. 7 of the *Charter*. I agree again with Esson J.A. for the majority in the Court of Appeal that the trial judge's reasons do not actually state that the Crown bears the onus of disproving compulsion. The trial judge should be assumed to know the law, particularly a basic principle such as the onus of proof in *Charter* matters. His reasons can be read in a manner which does not suggest the imposition of a reverse onus, and therefore they should be read in this way. As stated by Esson J.A., the trial judge's comments on the Crown's onus to demonstrate a lack of compulsion should be seen as reflecting only the uncontroversial view that once a *prima facie* case has been made with respect to an element of a *Charter* claim, it is left

l'intention d'obtenir les détails de la déclaration d'accident d'autres sources que le conducteur, mettant ainsi fin à l'obligation légale de déclarer l'accident.

## (2) Le fardeau de la preuve

Le ministère public a-t-il le fardeau de démontrer qu'une déclaration d'accident n'a pas été faite en vertu de l'obligation imposée par l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*? La réponse à cette question doit être négative. L'accusé qui conteste l'admissibilité de la preuve en se fondant sur la *Charte* a le fardeau de démontrer qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. Ainsi, lorsque l'accusé tente de démontrer que l'utilisation d'une déclaration porterait atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination qui est prévu par l'art. 7 parce qu'il a été contraint de faire cette déclaration en vertu des dispositions d'une loi provinciale, c'est lui qui doit prouver selon la prépondérance des probabilités que la déclaration était forcée. Il ne peut y avoir aucune controverse sur ce point. La vraie question est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en imposant au ministère public le fardeau de réfuter la contrainte.

À mon avis, les motifs du juge du procès ne doivent pas être interprétés comme ayant mal appliqué le fardeau prévu par l'art. 7 de la *Charte*. Une fois de plus, je partage l'avis du juge Esson, au nom de la majorité en Cour d'appel, que les motifs du juge du procès ne disent pas, en fait, qu'il incombe au ministère public de réfuter la contrainte. Il faut présumer que le juge du procès connaît le droit, surtout lorsqu'il s'agit d'un principe de base comme le fardeau de la preuve relativement aux questions liées à la *Charte*. Ses motifs peuvent être interprétés d'une manière qui n'indique pas l'imposition d'un fardeau de preuve inversé, de sorte que c'est de cette façon qu'il faut les interpréter. Comme l'a dit le juge Esson, les observations du juge du procès au sujet du fardeau du ministère public de démontrer l'absence de contrainte ne font que refléter l'opinion non controversée que, dès qu'une preuve *prima facie* est présentée relativement à un élément d'une demande fondée sur la *Charte*, il revient au ministère public

81

82

to the Crown to adduce evidence to rebut that *prima facie* case if it wishes to do so.

### G. *Exclusion of the Evidence*

83

The trial judge below found that the appropriate mechanism for the exclusion of evidence whose very admission would violate s. 7 of the *Charter* was s. 24(1) of the *Charter*. Section 24(1) reads as follows:

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

The trial judge based his finding with respect to s. 24(1) on two previous decisions of the Supreme Court of British Columbia, *Spyker, supra*, and *Stillman, supra*.

84

The possibility of excluding evidence under s. 24(1) of the *Charter* was first addressed by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. Le Dain J., who dissented in the result in *Therens*, found that the court below had erred in holding that evidence obtained in violation of the accused's *Charter* rights could be excluded under s. 24(1). Le Dain J.'s reasons were focused upon the lower court's finding that there were two separate tests for the exclusion of evidence under s. 24, one test under s. 24(1) and another under s. 24(2), with an accused having the choice between the two types of remedy. Le Dain J. stated, at pp. 647-48:

I am satisfied from the words of s. 24 that s. 24(2) was intended to be the sole basis for the exclusion of evidence because of an infringement or a denial of a right or freedom guaranteed by the *Charter*. It is clear, in my opinion, that in making explicit provision for the remedy of exclusion of evidence in s. 24(2), following the general terms of s. 24(1), the framers of the *Charter* intended that this particular remedy should be governed entirely by the terms of s. 24(2). It is not reasonable to ascribe to the framers of the *Charter* an intention that the courts should address two tests or standards on an application for the exclusion of evidence — first,

de présenter des éléments de preuve pour réfuter cette preuve *prima facie* s'il le désire.

### G. *L'exclusion de la preuve*

Le juge du procès a conclu que le mécanisme approprié aux fins de l'exclusion des éléments de preuve dont l'utilisation même contreviendrait à l'art. 7 de la *Charte* était prévu par le par. 24(1) de la *Charte*:

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

Le juge du procès a fondé sa conclusion relative au par. 24(1) sur deux décisions antérieures de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, les arrêts *Spyker* et *Stillman*, précités.

La possibilité d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(1) de la *Charte* a été analysée pour la première fois par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Le juge Le Dain, dissident quant au résultat dans cet arrêt, a conclu que le tribunal d'instance inférieure avait commis une erreur en concluant que les éléments de preuve obtenus en violation des droits que la *Charte* garantit à l'accusé pouvaient être écartés en vertu du par. 24(1). Les motifs du juge Le Dain portaient sur la conclusion du tribunal d'instance inférieure selon laquelle il y avait deux critères distincts en matière d'exclusion de la preuve en vertu de l'art. 24, soit l'un en vertu du par. 24(1) et l'autre en vertu du par. 24(2), l'accusé ayant le choix entre les deux types de réparation. Le juge Le Dain s'est exprimé ainsi, aux pp. 647 et 648:

D'après le texte de l'art. 24, je suis convaincu qu'on a voulu que seul le par. 24(2) permette d'écarter des éléments de preuve par suite d'une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il est évident, à mon avis, qu'en faisant suivre du par. 24(2), qui prévoit expressément l'exclusion d'éléments de preuve, les dispositions générales du par. 24(1), les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ce redressement particulier soit régi entièrement par les termes du par. 24(2). Il n'est guère raisonnable de prêter à ces derniers l'intention de contraindre les cours saisies d'une demande d'exclusion d'éléments de preuve à appliquer deux critères, le

whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, and if not, secondly, whether its exclusion would nevertheless be appropriate and just in the circumstances. The inevitable result of this alternative test or remedy would be that s. 24(2) would become a dead letter.

Estey J., writing for four (including himself) of the eight members of the Court who decided the appeal, agreed with Le Dain J. that s. 24(2) was the appropriate mechanism for the exclusion of the evidence in the particular case. Dickson C.J., and Lamer J. (as he then was), declined to comment on the possibility that evidence might be excluded under s. 24(1) rather than s. 24(2). The conclusion of the majority in *Therens* that evidence cannot be excluded as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, but must meet the test of exclusion under s. 24(2), was acknowledged in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 276, *per* Lamer J., and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at p. 1000, *per* Dickson C.J.

The Court in *Therens* was dealing with evidence that had been obtained in violation of the accused's *Charter* rights. None of the members of the Court who wrote in *Therens* adverted to the possible exclusion of evidence obtained in conformity with the *Charter* but whose admission into evidence would itself violate the *Charter*. In my view, although there are statements in *Therens* to the effect that s. 24(2) is the only appropriate mechanism for the exclusion of evidence under the *Charter*, those statements should be understood in the specific context of the case, in which the lower court had found that there could be two separate tests for the exclusion of illegally obtained evidence under s. 24. *Therens* should not be seen as placing unnecessary limits on the power of a court to exclude evidence whose admission would render a trial unfair in contravention of one or more of the legal rights set out in the *Charter*.

premier étant de savoir si l'utilisation de ces éléments est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, le second, dans le cas d'une réponse négative, étant de savoir si leur exclusion est néanmoins convenable et juste eu égard aux circonstances. Il résulterait inévitablement de cet autre critère ou redressement que le par. 24(2) deviendrait lettre morte.

Le juge Estey, au nom de quatre (dont lui-même) des huit juges de notre Cour qui avaient entendu le pourvoi, a convenu avec le juge Le Dain que le par. 24(2) était le mécanisme approprié pour exclure des éléments de preuve dans cette affaire. Le juge en chef Dickson et le juge Lamer (maintenant Juge en chef) ont préféré ne pas se prononcer sur la possibilité d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(1) plutôt qu'en vertu du par. 24(2). La conclusion de la majorité dans l'arrêt *Therens*, selon laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être écartés à titre de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* mais qu'ils doivent satisfaire au critère d'exclusion prévu par le par. 24(2), a été reconnue dans les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 276, le juge Lamer, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, à la p. 1000, le juge en chef Dickson.

Dans l'arrêt *Therens*, notre Cour examinait des éléments de preuve qui avaient été obtenus en violation des droits garantis par la *Charte* à l'accusé. Aucun des motifs rédigés dans l'arrêt *Therens* ne fait allusion à l'exclusion possible d'éléments de preuve obtenus en conformité avec la *Charte* mais dont l'utilisation même contreviendrait à la *Charte*. À mon avis, bien qu'il soit mentionné dans l'arrêt *Therens* que le par. 24(2) est le seul mécanisme approprié pour exclure des éléments de preuve en vertu de la *Charte*, ces mentions doivent être interprétées dans le contexte particulier de l'affaire, dans laquelle le jugement porté en appel avait conclu qu'il pouvait y avoir deux critères distincts pour l'exclusion d'éléments de preuve illégalement obtenus en vertu de l'art. 24. L'arrêt *Therens* ne doit pas être interprété comme fixant des restrictions inutiles au pouvoir du tribunal d'écarter les éléments de preuve dont l'utilisation rendrait un procès inéquitable contrairement à l'une ou à plusieurs des garanties juridiques prévues par la *Charte*.

86

The possibility that evidence may be excluded under s. 24(1) of the *Charter* where its admission into evidence in a criminal trial would violate s. 7 has been acknowledged by some members of the Court. In *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, the issue was addressed by McLachlin J., speaking for herself and Major J. She referred to the common law power of judges to exclude evidence whose admission would adversely affect the fairness of an accused's trial, and stated, at para. 42:

In addition to the common law exclusionary power, the *Charter* guarantees the right to a fair trial (s. 11(d)) and provides new remedies for breaches of the legal rights accorded to an accused person. Evidence obtained in breach of the *Charter* may only be excluded under s. 24(2): *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. Evidence not obtained in breach of the *Charter* but the admission of which may undermine the right to a fair trial may be excluded under s. 24(1), which provides for "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances" for *Charter* breaches. Section 24(1) applies to prospective breaches, although its wording refers to "infringe" and "deny" in the past tense: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. It follows that s. 24(1) permits a court to exclude evidence which has not been obtained in violation of the *Charter*, but which would render the trial unfair contrary to s. 11(d) of the *Charter*.

La Forest J., who wrote for the majority of the Court in *Harrer*, stated at p. 579 that there was "no need to resort to" s. 24(1) as the mechanism for the exclusion of evidence whose admission would violate the *Charter*. He held that such evidence could be excluded on the basis of the trial judge's now constitutionally enshrined duty under s. 11(d) of the *Charter* to exercise his or her common law discretion in order to exclude evidence whose admission would render the trial unfair.

87

The possibility of excluding evidence under s. 24(1) of the *Charter* was addressed again more recently in *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 841. In concurring reasons, Lamer C.J. stated, at para. 24, that evidence may

Certains juges de notre Cour ont admis la possibilité que des éléments de preuve pouvaient être écartés en vertu du par. 24(1) de la *Charte* lorsque leur utilisation dans le cadre d'un procès criminel contreviendrait à l'art. 7. Dans l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, le juge McLachlin, avec l'appui du juge Major, examine cette question. Se référant au pouvoir de common law qui permet aux juges d'écartier les éléments de preuve dont l'utilisation affecterait le caractère équitable d'un procès, elle dit au par. 42:

Outre le pouvoir d'exclusion reconnu par la common law, la *Charte* garantit le droit à un procès équitable (al. 11d)) et prévoit de nouveaux recours en cas d'atteinte aux garanties juridiques accordées à un accusé. La preuve obtenue en violation de la *Charte* ne peut être écartée qu'en vertu du par. 24(2): *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. La preuve qui n'a pas été obtenue en violation de la *Charte* mais dont l'utilisation est susceptible de miner le droit à un procès équitable peut être écartée conformément au par. 24(1), qui prévoit l'obtention de la «réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances» en cas de violation de la *Charte*. Le paragraphe 24(1) s'applique aux violations éventuelles, même si son texte parle au passé de «violation» et de «négation»: *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. Il s'ensuit que le par. 24(1) permet au tribunal d'écartier des éléments de preuve qui n'ont pas été obtenus en violation de la *Charte*, mais qui rendraient le procès inéquitable, contrairement à l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge La Forest, au nom de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Harrer*, dit, à la p. 579, qu'il n'est «pas nécessaire de recourir» au par. 24(1) en tant que mécanisme d'exclusion des éléments de preuve dont l'utilisation contreviendrait à la *Charte*. Il conclut qu'ils peuvent être écartés par le juge du procès en vertu de l'obligation constitutionnelle qui lui est maintenant imposée à l'al. 11d) de la *Charte*, d'exercer son pouvoir discrétionnaire de common law pour écartier les éléments de preuve dont l'utilisation aurait pour effet de rendre le procès inéquitable.

La possibilité d'écartier des éléments de preuve en vertu du par. 24(1) de la *Charte* a été étudiée aussi, plus récemment, dans l'arrêt *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841. Dans ses motifs concourants, le juge en chef

be excluded under a combination of ss. 7 and 24(1) of the *Charter* where the use of such evidence would affect trial fairness. Lamer C.J. cited on this point the decisions of the Court in *Harrer, supra*, as well as *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, where the Court held that an accused may use ss. 7 and 11(d) of the *Charter* to obtain redress where the admission of evidence would violate the *Charter*. Speaking for the majority of the Court in *Schreiber*, L'Heureux-Dubé J. stated, at para. 35, that she agreed with the Chief Justice that s. 7 may apply to justify excluding evidence where it is necessary to preserve the fairness of the trial. L'Heureux-Dubé J. did not specifically advert to the possible role of s. 24(1).

Thus it may be seen that this Court has never affirmatively decided that s. 24(1) of the *Charter* may serve as the mechanism for the exclusion of evidence whose admission at trial would violate the *Charter*. In the present appeal, the parties and the courts below appear to have proceeded on the basis that s. 24(1) is the appropriate mechanism for exclusion of evidence whose admission would contravene the principle against self-incrimination under s. 7. None of the argument before this Court was directed to this specific issue.

Although I agree with the majority position in *Harrer, supra* that it may not be necessary to use s. 24(1) in order to exclude evidence whose admission would render the trial unfair, I agree also with McLachlin J.'s finding in that case that s. 24(1) may appropriately be employed as a discrete source of a court's power to exclude such evidence. In the present case, involving an accused who is entitled under s. 7 to use immunity in relation to certain compelled statements in subsequent criminal proceedings, exclusion of the evidence is required. Although the trial judge could have excluded the evidence pursuant to his common law duty to exclude evidence whose admission would render the trial unfair, he chose instead to exclude

Lamer dit au par. 24 que des éléments de preuve peuvent être écartés par le jeu de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte* lorsque leur utilisation affecterait le caractère équitable du procès. Le juge en chef Lamer cite à ce sujet les arrêts *Harrer*, précité, et *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, où notre Cour conclut que l'accusé peut invoquer l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* pour obtenir réparation lorsque l'utilisation des éléments de preuve contreviendrait à la *Charte*. Au nom de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Schreiber*, le juge L'Heureux-Dubé dit au par. 35 qu'elle partage l'avis du Juge en chef que l'art. 7 peut justifier d'écartier des éléments de preuve lorsque cela est nécessaire pour préserver le caractère équitable du procès. Le juge L'Heureux-Dubé ne parle pas expressément du rôle potentiel du par. 24(1).

On peut donc constater que notre Cour n'a jamais expressément décidé que le par. 24(1) de la *Charte* pouvait servir de mécanisme d'exclusion des éléments de preuve dont l'utilisation au procès contreviendrait à la *Charte*. Dans le présent pourvoi, les parties et les jugements portés en appel paraissent tenir pour acquis que le par. 24(1) est le mécanisme approprié d'exclusion des éléments de preuve dont l'utilisation porterait atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination qui est contenu dans l'art. 7. Cette question précise n'a pas fait l'objet de plaidoiries devant notre Cour.

Bien que je sois d'accord avec la majorité dans l'arrêt *Harrer*, précité, selon laquelle il peut ne pas être nécessaire de recourir au par. 24(1) pour écartier les éléments de preuve dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable, je suis également d'accord avec la conclusion du juge McLachlin dans cette affaire que le par. 24(1) peut être utilisé comme source distincte du pouvoir du tribunal d'écartier ces éléments de preuve. En l'espèce, où l'art. 7 confère à l'accusée l'immunité contre l'utilisation de certaines déclarations forcées dans le cadre des procédures criminelles ultérieures, il faut écartier ces éléments de preuve. Même si le juge du procès pouvait les écartier en vertu de son obligation de common law d'écartier les éléments de preuve dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable, il a choisi de les écartier en vertu du

the evidence pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. I agree that he was entitled to do so.

#### H. *Application to the Facts*

90 In the Court of Appeal below, all judges agreed that the respondent's first and second conversations with police were properly found by the trial judge to have been compelled by s. 61 of the *Motor Vehicle Act*. There was evidence on the basis of which the trial judge could reasonably have found that, at both of these times when the respondent spoke to police, she believed that she was required to report the accident to them. There was also evidence to support the finding that her honest belief in the requirement to report was reasonable in the circumstances. Such a finding was supported by the conduct of the police in actively seeking a description of the accident from the respondent, from the visible property damage to the respondent's vehicle, as well as from the respondent's knowledge of the victim's injuries (whether that knowledge was acquired at the time of the accident or, as the respondent testified at trial, the following morning through radio reports).

91 The point of division between the majority and the dissenting judge in the Court of Appeal concerned the respondent's third conversation with police, which occurred after the respondent had been advised of her *Charter* rights and after she had spoken to counsel. Southin J.A., dissenting, found that the timing of this third conversation meant that it should not be considered compelled. If I understand Southin J.A.'s reasons correctly, she considered that any harm caused to the respondent by the admission of this third statement into evidence was the result of the respondent's own free will in choosing to speak to police after having been advised of her right to silence and after having spoken to a lawyer about her obligation to speak.

92 With respect, I do not agree with Southin J.A.'s finding in relation to the respondent's third conversation with police. The logic of use immunity is precisely that the individual who is granted use

par. 24(1) de la *Charte*. Je conviens qu'il avait le droit de le faire.

#### H. *L'application aux faits*

En l'espèce, tous les juges de la Cour d'appel estiment que le juge du procès a conclu à bon droit que les deux premières conversations de l'intimée avec la police avaient eu lieu en raison de l'obligation contenue dans l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*. Il y avait des éléments de preuve sur la foi desquels le juge du procès pouvait raisonnablement conclure que, à ces deux occasions où elle a parlé aux policiers, l'intimée croyait être tenue de déclarer l'accident. Il existe également des éléments de preuve à l'appui de la conclusion que sa croyance sincère qu'elle était tenue de déclarer l'accident était raisonnable dans les circonstances. Cette conclusion repose sur la conduite des policiers, qui cherchaient activement à obtenir de l'intimée une description de l'accident, sur le fait que le véhicule de l'intimée était visiblement endommagé, de même que sur le fait qu'elle savait que la victime avait été blessée (qu'elle l'ait su dès le moment de l'accident ou l'ait appris le lendemain matin en écoutant les nouvelles à la radio, comme elle l'a dit dans son témoignage au procès).

Les juges majoritaires et le juge dissident de la Cour d'appel diffèrent d'opinions sur la troisième conversation entre l'intimée et la police, qui a eu lieu après que l'intimée eut été informée des droits garantis par la *Charte* et après qu'elle eut parlé à un avocat. Le juge Southin, dissidente, conclut qu'en raison du moment où elle a eu lieu, la troisième conversation ne doit pas être considérée comme ayant été forcée. Si je comprends bien les motifs du juge Southin, elle estime que tout préjudice causé à l'intimée par l'utilisation de cette troisième déclaration est la conséquence de la décision librement prise par l'intimée de parler à la police après avoir été informée de son droit de garder le silence et après avoir parlé à un avocat au sujet de son obligation de faire une déclaration.

Avec égards, je ne suis pas d'accord avec la conclusion du juge Southin relativement à la troisième conversation de l'intimée avec la police. La logique de l'immunité contre l'utilisation de la

immunity remains subject to the statutory compulsion to make the original compelled statement. In the context of s. 61 of the *Motor Vehicle Act*, the existence of the principle against self-incrimination in s. 7 of the *Charter* does not eliminate the statutory compulsion to report an accident. The accused who has consulted counsel does not become immune from the reporting requirement set out in the statute. Rather, as I have discussed in these reasons, s. 7 provides protection to the person who is required to report an accident. Thus, when the respondent returned from speaking to counsel, she was still required by law to answer Sgt. Tait's questions regarding the accident, provided those questions were made pursuant to s. 61 of the *Motor Vehicle Act*. Indeed, if the respondent's lawyer acted appropriately in advising her, as the Court should assume he did, he would have told the respondent that she was required by law to answer the officer's questions pursuant to the *Motor Vehicle Act*, notwithstanding her general right to silence.

In the circumstances of this case, there was evidence on the basis of which the trial judge could reasonably have found that the respondent's third statement to police was compelled by s. 61 of the Act. First, prior to speaking to counsel, the respondent honestly and reasonably believed she was required to report the accident. This fact supports the view that, all other things being equal, she likely continued to believe in the subsistence of the duty. Second, after speaking to counsel, who could not lawfully have advised the respondent not to make an accident report, the respondent continued to reply to Sgt. Tait's questions about the accident. Although she stated that she did not wish to speak to Sgt. Tait any further, she did answer his question once it was asked. Third, the respondent was, in fact, under a statutory duty to answer any of Sgt. Tait's questions made pursuant to s. 61. Fourth, Sgt. Tait informed the respondent after the respondent had spoken to counsel that she remained under a statutory compulsion to report the accident. Although Sgt. Tait's reminder in this regard occurred after the respondent had completed her third statement regarding the accident,

preuve repose justement sur le fait que la personne qui en bénéficie demeure assujettie à l'obligation légale de faire la déclaration forcée initiale. Dans le contexte de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*, l'existence du principe interdisant l'auto-incrimination selon l'art. 7 de la *Charte* n'écarte pas l'obligation légale de déclarer les accidents. L'accusé qui a consulté un avocat n'est pas exempté de l'exigence de faire une déclaration qui est prévue par la loi. Au contraire, comme je le dis plus haut, l'art. 7 confère une protection à la personne qui est tenue de déclarer un accident. Ainsi, même après avoir parlé à un avocat, l'intimée était toujours légalement tenue de répondre aux questions du sergent Tait au sujet de l'accident, dans la mesure où ces questions lui étaient posées en vertu de l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act*. D'ailleurs, si l'avocat de l'intimée l'a bien informée, ce que notre Cour tient pour acquis, il lui a dit qu'elle était légalement tenue de répondre aux questions posées par le policier en vertu de la *Motor Vehicle Act*, en dépit de son droit général de garder le silence.

En l'espèce, il y avait des éléments de preuve à partir desquels le juge du procès pouvait raisonnablement conclure que la troisième déclaration faite par l'intimée à la police était forcée en vertu de l'art. 61 de la Loi. Premièrement, l'intimée croyait sincèrement et raisonnablement, avant de parler à un avocat, qu'elle était tenue de déclarer l'accident. Ce fait appuie l'opinion que, toutes autres choses étant égales, elle a vraisemblablement continué de croire que cette obligation subsistait. Deuxièmement, après avoir parlé à un avocat qui ne pouvait pas légitimement lui conseiller de ne faire aucune déclaration d'accident, l'intimée a continué de répondre aux questions du sergent Tait au sujet de l'accident. Bien qu'elle ait déclaré qu'elle né voulait plus parler au sergent Tait, elle a répondu à sa question quand il l'a posée. Troisièmement, l'intimée avait, en réalité, l'obligation légale de répondre à toute question posée par le sergent Tait en vertu de l'art. 61. Quatrièmement, après que l'intimée eut parlé à un avocat, le sergent Tait l'a informée qu'elle demeurait légalement tenue de déclarer l'accident. Même si le rappel du sergent Tait à cet égard est survenu après la

the fact that Sgt. Tait issued such a reminder shows that he still believed he was taking a s. 61 accident report, and thus that the general atmosphere between Sgt. Tait and the respondent likely reflected this belief. Fifth, the respondent's third statement to police regarding the accident was made in response to a leading question posed by Sgt. Tait, which referred back to the substance of her second statement. Again, the fact that Sgt. Tait was asking the respondent to confirm her previous statement would likely have caused her to believe that she was required to answer, since she had been required to make the second statement.

#### V. Conclusion and Disposition

94 In sum, I am of the view that the trial judge did not err in finding that all three of the respondent's conversations with police on October 7, 1994 were made on the basis of the respondent's honest and reasonably held belief that she was required to report the accident to police. The appeal is therefore dismissed.

The following are the reasons delivered by

95 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case involves three statements made by the respondent to the police in the context of a mandatory reporting requirement under s. 61 of the British Columbia *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288 (hereinafter the Act). Following the making of these statements, the respondent was charged with the offence of failure to stop at the scene of an accident under s. 252(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The respondent claims that the use of all three statements at her criminal trial violates the principle against self-incrimination embodied in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that they should, therefore, be excluded, as held by the trial judge and the majority of the Court of Appeal.

96 My colleague Justice Iacobucci is of the view that the three statements are not admissible at the respondent's trial. Although I agree with my

troisième déclaration de l'intimée au sujet de l'accident, le fait qu'il ait fait ce rappel montre qu'il croyait toujours recevoir la déclaration d'accident prescrite par l'art. 61, de sorte que l'atmosphère générale entre le sergent Tait et l'intimée reflétait vraisemblablement cette croyance. Cinquièmement, la troisième déclaration faite par l'intimée à la police concernant l'accident l'a été en réponse à une question suggestive posée par le sergent Tait, qui rejoignait la teneur de la deuxième déclaration de l'intimée. Là encore, le fait que le sergent Tait ait demandé à l'intimée de confirmer sa déclaration antérieure l'a probablement amenée à penser qu'elle était obligée de répondre puisqu'elle avait été obligée de faire la deuxième déclaration.

#### V. Conclusion et dispositif

En résumé, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas fait erreur en concluant que les trois conversations que l'intimée a eues avec la police le 7 octobre 1994 ont eu lieu en raison de la croyance sincère et raisonnable de l'intimée qu'elle était tenue de déclarer l'accident à la police. Le pourvoi est donc rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Le présent pourvoi concerne trois déclarations faites par l'intimée à la police, dans le cadre de la déclaration obligatoire prévue à l'art. 61 de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 288, (ci-après la Loi). À la suite de ces déclarations, l'intimée a été inculpée d'avoir fait défaut d'arrêter lors d'un accident, infraction prévue à l'al. 252(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L'intimée prétend que l'utilisation de ces trois déclarations à son procès criminel contrevient au principe interdisant l'auto-incrimination contenu dans l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, qu'en conséquence, elles doivent être écartées, tel qu'en a décidé le juge du procès et les juges de la Cour d'appel à la majorité.

Mon collègue le juge Iacobucci est d'avis que les trois déclarations sont inadmissibles en preuve au procès de l'intimée. Bien que je sois d'accord

colleague that the first two of these statements are inadmissible since they were made under statutory compulsion, I find that, in the circumstances of this case, the third statement is admissible.

### Facts

Although my colleague has described the facts, I will consider the chain of events that led to the making of the three statements and emphasize some of the important details.

Late at night on October 6, 1994, Lawrence O'Brien was struck by a motor vehicle while changing a tire on the side of the road. He later died in the hospital from his injuries. The vehicle that struck him did not stop to help. The next morning, the respondent Joann White called the R.C.M.P. detachment to report an accident that happened the night before. She explained to Corporal Dehmke that she swerved to miss a deer and hit a jack and a man changing a tire, then panicked and left the scene. She also asked how the man was. Cpl. Dehmke asked for her birth date and address and told her that Sergeant Tait, who was in the area, would see her. That brief exchange constitutes the first of the three statements made to the police.

Sgt. Tait went to the respondent's home shortly thereafter. He met the respondent and introduced himself. He did not have time to say more before the respondent asked him how the man was. Sgt. Tait indicated that it would be better to go inside her home. Once inside, the respondent again inquired about the condition of the man, and the Sergeant answered that he had died. The respondent reacted strongly to that news, falling on her knees, saying she was sorry and crying. Sgt. Tait asked for her driver's licence. The respondent produced her licence and explained that she had

avec lui que les deux premières déclarations sont inadmissibles parce qu'elles ont été faites en vertu d'une exigence légale, je suis d'avis que, dans les circonstances de la présente affaire, la troisième déclaration est admissible.

### Les faits

Bien que mon collègue ait décrit les faits, j'examinerai l'enchaînement des faits qui ont conduit aux trois déclarations en soulignant quelques détails importants.

Tard le soir du 6 octobre 1994, Lawrence O'Brien a été frappé par un véhicule automobile pendant qu'il changeait un pneu en bordure de la route. Il est mort plus tard à l'hôpital des suites de ses blessures. Le conducteur du véhicule qui l'a heurté ne s'est pas arrêté pour lui venir en aide. Le lendemain matin, l'intimée Joann White a téléphoné au détachement de la GRC pour déclarer un accident survenu la nuit précédente. Elle a expliqué au caporal Dehmke qu'elle avait donné un coup de volant pour éviter un chevreuil, qu'elle avait heurté un cric et un homme en train de changer un pneu, qu'elle avait alors paniqué et qu'elle avait quitté les lieux. Elle a également demandé dans quel état l'homme était. Le caporal Dehmke lui a demandé sa date de naissance et son adresse et l'a informée que le sergent Tait, qui se trouvait dans la région, irait la voir. Ce bref entretien constitue la première des trois déclarations faites à la police.

Peu de temps après, le sergent Tait s'est rendu chez l'intimée qu'il a rencontrée et à laquelle il s'est présenté. Avant qu'il ne puisse en dire plus, l'intimée lui a demandé dans quel état l'homme se trouvait. Le sergent Tait lui a dit qu'il valait mieux entrer dans la maison. Une fois à l'intérieur, l'intimée s'est encore une fois informée de l'état de l'homme, et le sergent lui a répondu qu'il était décédé. L'intimée a réagi fortement à cette nouvelle; elle est tombée à genoux, pleurant et disant qu'elle était désolée. Le sergent Tait lui a demandé son permis de conduire. L'intimée le lui a remis et lui a expliqué qu'elle avait donné un coup de volant pour éviter un chevreuil qui se trouvait sur

97

98

99

swerved to miss a deer on the road and that she had hit the jack and panicked. That was her second statement.

100 At that point, Sgt. Tait asked the respondent to sit down. He then read to the respondent her right to counsel as required by s. 10(b) of the *Charter* and added that she was not obliged to say anything, but that anything that she said could be given in evidence against her. Sgt. Tait did not arrest the respondent. He went outside in order to let the respondent and her husband decide on their course of action. He told her: "Whenever it's appropriate, you can come out and see me and tell me what you want to do, I'll just be outside."

101 Shortly afterwards, the respondent and her husband went to a neighbour's house to call a lawyer, since they did not have a telephone. After having contacted her lawyer, the respondent returned to her home. Sgt. Tait was waiting in the police car. She went to him, sat in the front seat and indicated that she had spoken to a lawyer and that she had decided not to provide a statement regarding the accident. After a brief discussion, Sgt. Tait told her that she did not have to provide a written statement and then asked her if she had swerved to miss a deer, as she had previously said. The respondent explained that there were actually two deer on the curve, that she had swerved, and that when she thought she had hit the jack, she panicked. She said that she was sorry for what had happened. This was the third statement made to the police.

102 Sgt. Tait then informed the respondent of some of the charges she might face depending on the result of the investigation. After this exchange, Sgt. Tait told the respondent that even if she did not have to provide a written statement, she would be required under the *Motor Vehicle Act*, if requested, to provide a statement about the accident but that such a statement could not be used in a court of law.

la route, qu'elle avait heurté le cric et qu'elle avait paniqué. Il s'agit là de sa deuxième déclaration.

À ce moment, le sergent Tait a demandé à l'intimée de s'asseoir. Il lui a alors lu ses droits, dont son droit à l'avocat, conformément à l'al. 10b) de la *Charte*, et a ajouté qu'elle n'était pas obligée de dire quoi que ce soit, mais que tout ce qu'elle dirait pourrait servir de preuve contre elle. Le sergent Tait n'a pas arrêté l'intimée. Il est sorti pour laisser l'intimée et son mari décider de leur plan d'action. Il lui a dit: [TRADUCTION] «Quand vous serez prête, vous pourrez venir me dire ce que vous voulez faire; je vais être à l'extérieur.»

Peu de temps après, comme ils n'avaient pas de téléphone, l'intimée et son mari se sont rendus chez un voisin pour appeler un avocat. Après avoir communiqué avec son avocat, l'intimée est retournée chez elle. Le sergent Tait attendait dans la voiture de police. Elle est allée le voir, s'est assise sur le siège avant et a mentionné qu'elle avait parlé à un avocat et décidé de ne faire aucune déclaration relativement à l'accident. Après une brève discussion, le sergent Tait lui a dit qu'elle n'était pas tenue de faire une déclaration écrite et lui a alors demandé si elle avait donné un coup de volant pour éviter un chevreuil, comme elle l'avait dit plus tôt. L'intimée lui a expliqué qu'il y avait en fait deux chevreuils dans le virage, qu'elle avait donné un coup de volant et que, croyant avoir frappé le cric, elle avait paniqué. Elle a affirmé qu'elle était désolée de ce qui était arrivé. C'est la troisième déclaration faite à la police.

Le sergent Tait a alors informé l'intimée de quelques unes des accusations qui pourraient être portées contre elle selon le résultat de l'enquête. Après cet entretien, le sergent Tait a dit à l'intimée que, même si elle n'était pas tenue de faire une déclaration écrite, elle serait obligée de faire une déclaration au sujet de l'accident en vertu de la *Motor Vehicle Act*, si on le lui demandait, mais qu'une telle déclaration ne pourrait pas être utilisée devant un tribunal.

Analysis

Counsel for the respondent argued before us that the respondent felt compelled by the provincial statute to make the statements to the police officer. She believed that she had to report the accident and thought that the ensuing discussions with Sgt. Tait were part of her obligation to report. The respondent does not challenge the mandatory reporting requirement under the Act or the constitutionality of its provisions. Rather, she challenges the use that is sought to be made at trial of the purportedly compelled information legitimately obtained under s. 61 of the Act.

The Act requires anyone involved in a motor vehicle accident to provide a motor vehicle accident report. Sections 61(1) and (1.1) of the Act make it mandatory for the person driving a vehicle involved in an accident causing death or injury to a person or damage exceeding \$1000 to report the accident to a police officer. A person failing to report such an accident is guilty of an offence under s. 69 of the Act.

Under ss. 61(1) and (4) of the Act, police officers are to receive the mandatory accident report and secure from the person making it "the particulars of the accident, the persons involved, the extent of the personal injury or property damage and other information necessary to complete a written report of the accident. . . ." In addition, police officers also have a duty to investigate criminal conduct, such as the failure to stop at the scene of an accident (s. 252 of the *Criminal Code*). Sometimes, and probably most of the time, these distinct functions are fulfilled by one police officer, which may lead to some confusion as to whether an accident report is being taken or a crime investigated. This also leads to the importance of a case-by-case analysis and the proper assessment of the particular circumstances in which the statement is made.

The police must be able to fulfill their different functions in the best possible way, and there is nothing wrong in principle with a police officer's investigating a crime after obtaining information

L'analyse

Le procureur de l'intimée a soutenu devant nous que sa cliente s'était sentie contrainte en vertu de la loi provinciale de faire les déclarations en cause au policier. Elle se croyait obligée de déclarer l'accident et pensait que les discussions consécutives avec le sergent Tait faisaient partie de son obligation de déclarer. L'intimée ne conteste ni l'obligation de déclarer l'accident prévue par la Loi ni la constitutionnalité de ses dispositions. Elle conteste plutôt l'utilisation qu'on veut faire au procès de renseignements obtenus légitimement en vertu de l'obligation imposée par l'art. 61 de la Loi.

En vertu de la Loi, quiconque est impliqué dans un accident d'automobile est tenu de déclarer l'accident. Selon les par. 61(1) et (1.1) de la Loi, le conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident qui cause la mort d'une personne ou des blessures, ou qui cause des dommages excédant 1 000 \$, doit déclarer l'accident à un policier. Quiconque omet de déclarer un tel accident est coupable d'une infraction en vertu de l'art. 69 de la Loi.

Selon les par. 61(1) et (4) de la Loi, les policiers doivent recevoir la déclaration obligatoire d'accident et obtenir du déclarant [TRADUCTION] «des détails sur l'accident, sur les personnes impliquées, l'étendue des blessures et des dommages matériels, ainsi que tout autre renseignement nécessaire pour rédiger un rapport de l'accident. . . ». De plus, les policiers ont aussi l'obligation d'enquêter sur la conduite criminelle, tel le défaut de s'arrêter lors d'un accident (art. 252 du *Code criminel*). Parfois, et probablement la plupart du temps, un seul policier exerce ces fonctions distinctes, ce qui peut conduire à une certaine confusion quant à savoir s'il reçoit une déclaration d'accident ou s'il enquête sur un crime. Cela montre également l'importance de l'analyse de chaque cas et de l'appréciation des circonstances particulières dans lesquelles la déclaration est faite.

Les policiers doivent être en mesure d'exercer de leur mieux leurs différentes fonctions, et il n'y a rien de mal en principe à ce qu'un policier enquête sur un crime après avoir obtenu les renseignements

103

104

105

106

required by statute either on the same day or late. The requirement of s. 61 of the Act should not make it harder for the police to investigate a hit and run offence under the *Code* than it is to investigate any other crime. When police work involves performing various functions, which imply the risk of self-incrimination, as here, efforts must be made by the police to clarify the purpose of their presence. Therefore, to the extent that the reasons of my colleague suggest that the requirement to take an accident report under provincial law is incompatible with a criminal investigation, I must respectfully disagree.

#### A. Protection Against Self-Incrimination

107

First, it is not at issue that, in this case, the liberty interest of the respondent, protected by s. 7 of the *Charter*, is engaged by the Crown's use of her statements at trial. If found guilty, she faces a maximum sentence of five years' imprisonment.

108

There is no blanket protection against self-incrimination by statutorily compelled statements under the *Charter*. This position is in accord with the unanimous decision in *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, where this Court specifically rejected the proposition that the principle against self-incrimination guaranteed by s. 7 of the *Charter* always precludes the use of statutorily compelled information. La Forest J., for the Court, wrote at para. 21:

The appellant effectively asks this Court to endorse a broad, abstract principle against self-incrimination as a principle of fundamental justice under s. 7, which would prevent the use of information in all contexts in which it is statutorily compelled. He suggests that this principle is supported by this Court's decision in both *Thomson Newspapers*, . . . and *S. (R.J.)*. . . . Nowhere in the case law, however, is there support for such a broad, abstract approach to the issue of self-incrimination.

As stated by Iacobucci J. at para. 46 of his reasons in this case, the Court in *Fitzpatrick*, *supra*, confirmed the case-by-case approach to the

exigés par la loi, soit le même jour ou plus tard. L'exigence prévue à l'art. 61 de la Loi ne devrait pas rendre l'enquête policière sur une infraction de délit de fuite prévue au *Code* plus difficile que l'enquête sur un autre crime. Lorsque leur travail exige qu'ils exercent plusieurs fonctions, et que cela crée un risque d'auto-incrimination, comme en l'espèce, les policiers doivent s'efforcer de clarifier le motif de leur présence. Par conséquent, dans la mesure où mon collègue suggère dans ses motifs que l'obligation, en vertu de la loi provinciale, de recevoir une déclaration d'accident est incompatible avec la conduite d'une enquête criminelle, je dois, avec égards, exprimer mon désaccord.

#### A. La protection contre l'auto-incrimination

Premièrement, il n'est pas contesté qu'en l'espèce, le droit à la liberté de l'intimée garanti par l'art. 7 de la *Charte* est mis en cause par l'utilisation qu'entend faire le ministère public de ses déclarations au procès. En effet, si elle est reconnue coupable, l'intimée est passible d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement.

La *Charte* n'offre pas de protection absolue contre l'auto-incrimination dans le contexte de déclarations exigées par la loi. Ceci est conforme à l'arrêt *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, dans lequel notre Cour, unanime, a expressément rejeté la proposition selon laquelle le principe interdisant l'auto-incrimination que garantit l'art. 7 de la *Charte* empêche toujours l'utilisation de renseignements requis par la loi. Le juge La Forest, au nom de la Cour, a écrit au par. 21:

L'appelant demande, en fait, à notre Cour de sanctionner un principe général et abstrait interdisant l'auto-incrimination comme étant un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, qui empêcherait l'utilisation de renseignements dans tous les contextes où ils sont requis par la loi. Il affirme que ce principe est appuyé par les arrêts de notre Cour *Thomson Newspapers* et *S. (R.J.)* [...]. Toutefois, rien dans la jurisprudence ne justifie d'adopter une telle façon générale et abstraite d'aborder la question de l'auto-incrimination.

Comme l'explique le juge Iacobucci au par. 46 de ses motifs en l'espèce, la Cour, dans l'arrêt *Fitzpatrick*, précité, a confirmé qu'il fallait

application of the principle against self-incrimination and specified that, in order to determine whether that principle is actually engaged in a given case, the Court “must begin ‘on the ground’, with a concrete and contextual analysis of the circumstances”. My colleague adds at para. 47 that the contextual analysis mandated under s. 7 of the *Charter* requires the balancing of various individual and societal interests. This approach was applied in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at paras. 107-8, where Iacobucci J. stated:

... the principle against self-incrimination may mean different things at different times and in different contexts. The principle admits of many rules. What should the rule be in respect of testimonial compulsion?

. . .

I begin this inquiry by asserting that any rule demanded by the principle against self-incrimination which places a limit on compellability is in dynamic tension with an opposing principle of fundamental justice. That is the principle which suggests that, in a search for truth, relevant evidence should be available to the trier of fact.

Hence, the contextual analysis mandates that the purportedly compelled statements be examined in the context of the surrounding circumstances and, here, the circumstances in which the three statements were made.

#### B. *Errors of the Trial Judge*

I agree with my colleague that the proper test to determine whether the statements should be considered to have been made under the compulsion of s. 61 of the Act, is whether, at the time of giving the accident report, “the driver gave the report on the basis of an honest and reasonably held belief that he or she was required by law to report the accident to the person to whom the report was given” (para. 75). The requirement of reasonableness strikes the right balance between protecting the individual against self-incrimination and protecting society’s interest in the proper administration of justice and the search for truth. In this case,

procéder cas par cas dans l’application du principe interdisant l’auto-incrimination et précisé que, pour déterminer si l’application du principe est effectivement déclenchée dans une affaire donnée, le tribunal «doit adopter “une approche pragmatique” en commençant par une analyse concrète et contextuelle de la situation». Au paragraphe 47, mon collègue ajoute que l’analyse contextuelle prescrite en vertu de l’art. 7 de la *Charte* exige de soupeser divers intérêts individuels et sociaux. Cette méthode a été appliquée dans l’arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, dans lequel le juge Iacobucci a déclaré aux par. 107 et 108:

... le principe interdisant l’auto-incrimination peut être interprété différemment, à des époques et dans des contextes différents. Le principe admet de nombreuses règles. Quelle devrait être la règle relativement à la contrainte à témoigner?

. . .

Je tiens tout d’abord à préciser que toute règle commandée par le principe interdisant l’auto-incrimination, qui restreint la contraignabilité, est en tension dynamique avec un principe contraire de justice fondamentale, selon lequel le juge des faits devrait disposer des éléments de preuve pertinents dans sa recherche de la vérité.

En conséquence, l’analyse contextuelle exige que les déclarations apparemment obligatoires soient examinées à la lumière des circonstances qui les ont entourées et, en l’espèce, des circonstances dans lesquelles les trois déclarations ont été faites.

#### B. *Les erreurs du juge du procès*

Je suis d’accord avec mon collègue que le test approprié pour déterminer si les déclarations devraient être considérées avoir été faites en vertu de l’obligation imposée par l’art. 61 de la Loi est de savoir si, au moment où l’accident a été déclaré par le conducteur, «ce dernier a fait sa déclaration en raison de la croyance sincère et raisonnable qu’il était légalement tenu de déclarer l’accident à la personne à qui la déclaration a été faite» (par. 75). L’exigence du caractère raisonnable permet un juste équilibre entre la protection de la personne contre l’auto-incrimination et la protection de l’intérêt de la société aux fins de la bonne

however, given that the third statement was made after the respondent had been warned of her s. 10(b) *Charter* rights and her right to silence, she could not have had "an honest and reasonably held belief" that what she said to the police officer after being given the proper warnings, was related to the statutory duty to report the accident.

110 In my view, the trial judge applied the wrong test and his findings were based on several errors of law and, consequently, cannot stand. The trial judge began his analysis by determining that the respondent's statements to the police were voluntary. He stated:

... I'm satisfied that despite the fact accident reports are compulsory in order to comply with statute, the accused's statements are freely and voluntarily made. I reached that determination considering the statutory compulsion as a factor only and not determinative of the issue.

Obviously, if the statements were freely and voluntarily made, there would be no reason to exclude them. At the very least, it demonstrates some inconsistency in the trial judge's reasoning since he concluded that they were compelled by the statute.

111 The trial judge also applied the wrong test in his determination of whether the respondent's statements were made pursuant to the statutory duty to report the accident when he stated that "an accident report is a statement concerning an accident made to a police officer by a person who believes it is a statement required to be made". He used an entirely subjective test that would allow anyone making a statement to the police with an unreasonable or erroneous belief that he or she was under a duty to report an accident to be protected against the potential use of that information. However, given the test set out by my colleague, mere subjective belief is not enough. There must be a reasonable basis for such a belief in the circumstances surrounding the making of the statement. The subjective element of the reasonableness test recognizes that s. 7 of the *Charter* is only engaged if the individual actually feels compelled to give the

administration de la justice et de la recherche de la vérité. Ici, toutefois, comme l'intimée a fait sa troisième déclaration après avoir été avisée de ses droits en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* et de son droit de garder le silence, elle ne pouvait pas avoir eu une «croyance sincère et raisonnable» que ce qu'elle disait au policier, après avoir reçu les mises en garde appropriées, se rapportait à l'obligation légale de déclarer l'accident.

À mon avis, le juge du procès a appliqué le mauvais test et ses conclusions, fondées sur plusieurs erreurs de droit, ne sauraient donc être maintenues. Le juge du procès a commencé son analyse en statuant que les déclarations de l'intimée à la police étaient volontaires:

[TRADUCTION] ... je suis convaincu que, malgré le fait que les déclarations d'accident sont obligatoires en vertu de la loi, l'accusée a fait ses déclarations librement et volontairement. Ma conclusion résulte de ce que, à mon avis, l'exigence légale est seulement un facteur à considérer et non un facteur déterminant.

De toute évidence, si les déclarations avaient été faites librement et volontairement, il n'y aurait aucune raison de les exclure. À tout le moins, cela démontre un certain illogisme dans le raisonnement du juge du procès, puisqu'il a conclu qu'elles étaient obligatoires en vertu de la loi.

Le juge du procès a également appliqué le mauvais test pour déterminer si l'intimée avait fait ses déclarations en vertu de l'exigence légale de déclarer l'accident, lorsqu'il a affirmé que [TRADUCTION] «une déclaration d'accident est une déclaration relative à un accident, faite à un policier par une personne qui croit être tenue de la faire». Il a utilisé un test tout à fait subjectif qui protégerait toute personne qui fait une déclaration à la police en raison d'une croyance déraisonnable ou erronée qu'elle est tenue de déclarer un accident, contre l'utilisation potentielle de ces renseignements. Cependant, vu le test retenu par mon collègue, la simple croyance subjective ne suffit pas. Une telle croyance doit être raisonnablement fondée sur les circonstances entourant la déclaration. L'élément subjectif du critère du caractère raisonnable reconnaît que l'art. 7 de la *Charte* ne s'applique que si la personne se sent effectivement obligée de faire la

statement while the objective element ensures that there is a rational basis for the claim.

The entirety of the evidence must also be considered. The trial judge accepted the evidence of the respondent that she believed that she was required to report the accident to the police. However, he based his conclusion essentially on the evidence given by Cpl. Dehmke that the first words he heard on the telephone were from a woman who wanted to report an accident that happened the night before. The trial judge did not make any distinction between the different statements. Based on the evidence of this initial call to the police, he concluded that all three statements were made under s. 61 of the Act. That, in my view, was an error of law since, in so doing, he did not consider the evidence in its entirety and, in particular the evidence relating to the third statement. The Court of Appeal (1988), 122 C.C.C. (3d) 167, at p. 178, was also in error in deciding not to interfere with the trial judge's finding on the basis that "there was evidence upon which the trial judge could reach the conclusion he did . . . ."

The basic principle is that the onus of establishing a *Charter* right violation is on the person alleging the violation. The trial judge placed that onus on the Crown when he said:

It seems to me that having created such a vaguely defined compulsory report, any lack of precision on what statements were made pursuant to the reporting requirement and which were not, should be for the state to answer in the clearest terms. If the state fails to demonstrate that a statement by an accused driver was not a part of the report, then it should be considered to be a part of the report.

This was clearly an error of law. The burden of proof lies on the defendant who challenges the admission of a statement to demonstrate on a balance of probabilities that the statement was made pursuant to a duty to report created by the statute. This error was compounded by the fact that the trial judge did not distinguish between the three

déclaration, tandis que l'élément objectif assure que cette croyance a un fondement rationnel.

L'ensemble de la preuve doit aussi être examiné. Le juge du procès a accepté le témoignage de l'intimée selon lequel elle croyait être tenue de déclarer l'accident à la police. Toutefois, sa conclusion est essentiellement fondée sur le témoignage du caporal Dehmke selon lequel les premiers mots qu'il a entendus au téléphone provenaient d'une femme qui voulait déclarer un accident survenu la veille. Le juge du procès n'a fait aucune distinction entre les diverses déclarations. Se fondant sur la preuve de cet appel initial à la police, il a conclu que les trois déclarations avaient été faites en vertu de l'art. 61 de la Loi. Il s'agit là, à mon avis, d'une erreur de droit parce qu'il n'a pas tenu compte de la preuve dans son ensemble et, notamment, de la preuve relative à la troisième déclaration. La Cour d'appel, (1988), 122 C.C.C. (3d) 167, à la p. 178, a également fait erreur en décidant de ne pas modifier la conclusion du juge du procès au motif qu'[TRADUCTION] «il y avait des éléments de preuve permettant au juge du procès de conclure comme il l'a fait . . . .»

Le principe fondamental veut que le fardeau de prouver la violation d'un droit garanti par la *Charte* incombe à la personne qui allègue la violation. Le juge du procès a attribué ce fardeau au ministère public lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] Il me semble que l'État a créé une obligation de déclarer définie de façon si vague qu'il devrait lui incomber de répondre dans les termes les plus clairs à toute imprécision quant à savoir quelles déclarations ont été faites en vertu de l'exigence de déclaration et lesquelles ne l'ont pas été. Si l'État ne réussit pas à démontrer qu'une déclaration du conducteur accusé ne faisait pas partie de la déclaration obligatoire, une telle déclaration doit alors être considérée comme faisant partie de la déclaration obligatoire.

Il s'agit là clairement d'une erreur de droit. Il incombe au défendeur qui conteste l'admissibilité d'une déclaration de démontrer selon la prépondérance des probabilités que celle-ci a été faite en vertu d'une obligation de déclarer prévue par la loi. Cette erreur a été aggravée par le fait que le juge du procès n'a pas fait de distinction entre les

statements, basing his finding only on the initial call to the police. Since the onus is on the respondent to establish that all three statements were made under statutory compulsion, the analysis of the trial judge cannot stand. In my opinion, absent those errors of law, the trial judge should have come to the conclusion that the respondent's third statement was not made pursuant to the statutory duty to report.

*C. Surrounding Circumstances of the Three Statements*

114 In this case, the respondent originally contacted the police in order to report the accident. She identified herself and gave her name and address, but there was no mention of a report under the Act. When Sgt. Tait attended at the respondent's premises, there was still no mention of the duty to report the accident before she started asking about the victim and explaining what had happened. I can appreciate that it was not clear at that point whether Sgt. Tait was there to take the mandatory accident report or investigate the hit and run. Hence, regardless of the fact that the reporting requirement of the Act was not mentioned at that stage of the inquiry, the trial judge was entitled to conclude that the respondent knew that there was a general duty to report when she made the first call and that, in the circumstances, she could have believed that when she made her second statement to Sgt. Tait, he was there to take her report. Accordingly, as stated earlier, I agree with my colleague that the trial judge had evidence upon which he could reach the conclusion that the first two statements were made under statutory compulsion and declare them inadmissible.

115 However, in relation to the third statement, I agree with Southin J.A., dissenting in the Court of Appeal, that the statement is of a different genus and that it is admissible. That statement was made after the police officer had given the respondent her s. 10(b) *Charter* rights, had invited her to call a lawyer and had warned her about her right to

trois déclarations, fondant sa décision uniquement sur le premier appel à la police. Vu qu'il incombe à l'intimée de prouver que les trois déclarations ont été faites en vertu d'une obligation imposée par la loi, l'analyse du juge du procès ne saurait être maintenue. Selon moi, s'il n'avait pas commis ces erreurs de droit, le juge du procès aurait dû arriver à la conclusion que la troisième déclaration de l'intimée n'avait pas été faite en vertu de l'exigence légale de faire une déclaration.

*C. Les circonstances entourant les trois déclarations*

En l'espèce, l'intimée a contacté la police au départ dans le but de déclarer l'accident. Elle s'est identifiée en donnant son nom et son adresse, mais elle n'a pas mentionné l'exigence légale de faire une déclaration. Lorsque le sergent Tait s'est présenté chez l'intimée, aucune mention n'a été faite de l'obligation de déclarer l'accident avant que l'intimée ne commence à s'informer de la victime et à expliquer ce qui était arrivé. Je peux comprendre qu'à ce moment-là, il n'était pas clair si le sergent Tait était là pour recevoir la déclaration obligatoire d'accident ou pour enquêter sur le délit de fuite. En conséquence, même si l'exigence légale de faire une déclaration n'avait pas été mentionnée à cette étape de l'enquête, le juge du procès pouvait conclure que l'intimée savait qu'il existait une obligation générale de déclarer lorsqu'elle a fait l'appel téléphonique initial et que, dans les circonstances, lorsqu'elle a fait sa deuxième déclaration au sergent Tait, il se peut qu'elle ait cru qu'il était là pour recevoir sa déclaration. Par conséquent, comme je l'ai mentionné précédemment, je suis d'accord avec mon collègue que le juge du procès disposait d'éléments de preuve lui permettant de conclure que les deux premières déclarations avaient été faites en vertu d'une obligation prévue par la loi, et de les déclarer inadmissibles.

Cependant, en ce qui concerne la troisième déclaration, je suis d'accord avec le juge Southin de la Cour d'appel qui dit, dans sa dissidence, qu'elle est d'un genre différent et qu'elle est admissible. Cette déclaration a été faite alors que le policier avait auparavant informé l'intimée de ses droits énoncés à l'al. 10b) de la *Charte*, l'avait

silence. This, of course, was not done as regards the first and second statements and, in my view, it is a clear indication that the police officer was now conducting a criminal investigation. In *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398, Gonthier J. for the majority explained the meaning of a s. 10(b) warning. He wrote at p. 416:

In this case, by serving both the police and the *Charter* warnings on the appellant at the outset of the short interview, the police officers alerted him that he was suspected and was being investigated in relation to a serious offence. These warnings made him aware that all he would say could incriminate him and that he had the right to remain silent and to instruct counsel on every aspect of the interview that followed.

These comments are most apposite in this case. After listening to the explanation of the respondent, Sgt. Tait carefully cautioned the respondent and testified that she said she understood the meaning of those rights. In fact, she acted upon those rights by contacting her lawyer. In so doing, the police officer clearly indicated that the matter was serious and that he was starting a criminal investigation. Therefore, any ambiguity as to whether the police officer was there to take a report under the Act was no longer present after the warning. Surely, the respondent and her lawyer could not have missed not only the meaning of that warning, but also that the investigation took a different turn from that point on since, on the advice of her lawyer, she told Sgt. Tait of her intention not to make any statements in relation to the accident. The assertion of a right to silence does not indicate that the respondent felt obliged to speak.

Despite the foregoing, the respondent still maintains that she believed she was compelled under the Act to talk to Sgt. Tait after she had been given the appropriate warnings. As I mentioned above, there must be sufficient objective grounds for such a belief to be reasonably held. In other words, the

invitée à téléphoner un avocat et l'avait avisée de son droit de garder le silence. Cela, il est à noter, n'a pas été fait pour les deux premières déclarations, ce qui indique clairement, à mon avis, que le policier menait alors une enquête criminelle. Dans l'arrêt *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398, à la p. 416, le juge Gonthier explique ainsi, au nom des juges majoritaires, la signification de la mise en garde de l'al. 10b):

En l'espèce, en faisant à l'appelant au début du bref interrogatoire tant la mise en garde policière que celle prévue par la *Charte*, les policiers lui ont fait prendre conscience qu'il était soupçonné et qu'il faisait l'objet d'une enquête concernant une infraction grave. Ces mises en garde lui ont fait comprendre que tout ce qu'il dirait pourrait être retenu contre lui et qu'il avait le droit de garder le silence et de recourir à l'assistance d'un avocat pour tous les aspects de l'interrogatoire qui a suivi.

Ces observations sont on ne peut plus pertinentes en l'espèce. Après avoir écouté les explications de l'intimée, le sergent Tait a pris soin de la mettre en garde et il a témoigné qu'elle avait dit comprendre la signification de ses droits. En fait, elle les a exercés en contactant son avocat. Ce faisant, le policier lui a clairement fait comprendre qu'il s'agissait d'une affaire grave et qu'il entreprenait une enquête criminelle. Par conséquent, après la mise en garde, il n'y avait plus d'ambiguïté quant à savoir si le policier était là pour recevoir une déclaration en application de la Loi. Il est certain que l'intimée et son avocat ne pouvaient pas ne pas comprendre non seulement la signification de cette mise en garde, mais aussi que l'enquête avait pris une orientation différente à partir de ce moment puisque, sur les conseils de son avocat, elle a fait part au sergent Tait de son intention de ne faire aucune déclaration se rapportant à l'accident. L'affirmation du droit de garder le silence est une indication que l'intimée ne s'estimait pas obligée de parler.

Malgré ce qui précède, l'intimée maintient qu'elle se croyait toujours tenue en vertu de la Loi de parler au sergent Tait après avoir reçu les mises en gardes appropriées. Comme je le dis plus haut, une telle croyance doit être étayée par des motifs objectifs suffisants pour être raisonnable.

evidence must not only disclose that the respondent subjectively believed that she was under a statutory duty to report, but must also establish an objectively reasonable basis for that belief. I find that no such objective basis was established in this case. First, the respondent was cautioned about her right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* and her right to silence. This was a clear indication that the police officer was no longer acting under the Act and, hence, that the respondent was no longer under a statutory duty to answer Sgt. Tait's question. His subsequent comment that the respondent would have to file a report under the *Motor Vehicle Act* at a later time also shows that he was not taking the accident report at that moment. Second, the respondent contacted her lawyer who, once informed of the circumstances, advised her not to make any statements. If the respondent had informed her lawyer that she believed that she had to make a report under the Act, which her lawyer would have confirmed, that advice might have been different. Third, the respondent told Sgt. Tait that she would not make a statement about the accident. How can the respondent now argue that she felt compelled by s. 61 of the Act to make a statement to Sgt. Tait if this was not an investigation under the Act? I am satisfied that any reasonable person in those circumstances would not have believed that Sgt. Tait was pursuing his investigation under the Act. The respondent's belief, therefore, was not reasonably held as to the third statement here at issue.

Autrement dit, la preuve doit non seulement indiquer que l'intimée croyait subjectivement que la loi l'obligeait à faire une déclaration, mais elle doit aussi établir l'existence d'un fondement objectivement raisonnable à l'égard de cette croyance. À mon avis, un tel fondement objectif n'a pas été établi en l'espèce. Premièrement, l'intimée a été informée de son droit à l'avocat selon l'al. 10b) de la *Charte* et de son droit de garder le silence. Il s'agissait là d'une indication claire que le policier n'agissait plus en vertu de la Loi et que l'intimée n'était donc plus tenue en vertu de cette loi de répondre à la question du sergent Tait. Son commentaire subséquent selon lequel l'intimée devrait déposer plus tard une déclaration en application de la *Motor Vehicle Act* montre également qu'il ne recevait pas une déclaration d'accident à ce moment-là. Deuxièmement, l'intimée a contacté son avocat qui, une fois informé de la situation, lui a conseillé de ne faire aucune déclaration. Si l'intimée avait avisé son avocat qu'elle croyait être tenue de faire une déclaration en vertu de la Loi, ce que son avocat aurait confirmé, ce conseil aurait pu être différent. Troisièmement, l'intimée a dit au sergent Tait qu'elle ne ferait aucune déclaration relativement à l'accident. Comment l'intimée peut-elle maintenant prétendre qu'elle se sentait contrainte en vertu de l'art. 61 de la Loi de faire une déclaration au sergent Tait s'il ne s'agissait pas d'une enquête en vertu de la Loi? Je suis convaincue qu'une personne raisonnable dans la même situation n'aurait pas cru que le sergent Tait poursuivait son enquête en vertu de la Loi. La croyance de l'intimée n'était donc pas raisonnable en ce qui concerne la troisième déclaration en cause.

117

I would like to point out that even if the police officer asked the respondent a leading question that related to the information she gave under her duty to report, she was certainly not under any compulsion to reply. Sgt. Tait confirmed this during the *voir dire* when asked by the trial judge what he would have done had the respondent decided not to answer his question. He explained that he would have asked her if there was anything else he could do for her and that she could phone the office in respect to the seized vehicle and then leave. The police are not forbidden to ask

J'aimerais signaler que, même si le policier a posé une question orientée à l'intimée reliée aux renseignements qu'elle avait fournis conformément à son obligation de déclarer, elle n'était certainement pas obligée d'y répondre. Au voir-dire, le sergent Tait a confirmé cela lorsque le juge du procès lui a demandé ce qu'il aurait fait si l'intimée avait décidé de ne pas répondre. Il a expliqué qu'il lui aurait demandé s'il pouvait faire autre chose pour elle, qu'il lui aurait dit qu'elle pouvait téléphoner au bureau relativement au véhicule saisi et qu'ensuite il serait parti. Il n'est pas interdit aux

questions to a suspect who has been properly advised of his or her rights in the conduct of a criminal investigation. There is no rule prohibiting the use, for questioning purposes, of information gathered under a statutory duty to report or any information gathered otherwise.

Since I find that the third statement was not made any under any statutory compulsion, I do not see any reason why that statement should not be admissible. The respondent was warned of her right to counsel and her right to silence. She voluntarily walked to the police car and sat beside Sgt. Tait, who asked her what she wanted to do next. He did not force her to sit in the police car and did not detain her. The respondent was free to leave at will. She had no obligation to talk or answer to Sgt. Tait at that point and she was advised of her right to consult her lawyer. Nonetheless and against her lawyer's advice, she decided to answer Sgt. Tait's question. That statement was not obtained by either threats or inducements (*Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262). Therefore, I conclude that the answer given by the respondent to Sgt. Tait's question was voluntarily and freely made (a finding that the trial judge himself made and which is not contested) and is, accordingly, admissible at her trial.

### Conclusion

For these reasons, I find that the trial judge made an error of law in excluding the third statement to Sgt. Tait after she had been informed of her s. 10(b) *Charter* rights and after she had consulted with counsel. In the circumstances of this case, that statement was not made under compulsion of the provisions of the *Motor Vehicle Act* and was clearly admissible as it was found to have been voluntary.

policiers, dans le cadre d'une enquête criminelle, de poser des questions à une personne qui est soupçonnée d'une infraction, lorsqu'elle a été correctement informée de ses droits. Aucune règle n'interdit l'utilisation, dans leurs questions, de renseignements recueillis en vertu d'une exigence légale de déclarer ou de renseignements recueillis autrement.

Comme je suis d'avis que la troisième déclaration n'a pas été faite en vertu de l'obligation légale, je ne vois pas pourquoi cette déclaration ne serait pas admissible. L'intimée avait été informée de son droit à l'assistance d'un avocat et de son droit de garder le silence. C'est volontairement qu'elle a marché jusqu'à la voiture de police et s'est assise à côté du sergent Tait, qui lui a demandé ce qu'elle voulait faire par la suite. Il ne l'a pas forcée à s'asseoir dans la voiture de police et ne l'a pas détenue. L'intimée était libre de partir. Elle n'avait aucune obligation de parler ou de répondre au sergent Tait à ce moment-là, et elle avait été informée de son droit de consulter son avocat. Pourtant, et contrairement à l'avis de son avocat, elle a décidé de répondre à la question du sergent Tait. Cette déclaration n'a été obtenue ni par des menaces, ni par des promesses (*Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599, *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262). Par conséquent, je conclus que la réponse de l'intimée à la question du sergent Tait a été faite volontairement et librement (une conclusion que le juge du procès a lui-même exprimée et qui n'est pas contestée) et qu'elle est donc admissible à son procès.

### Conclusion

Pour ces motifs, je conclus que le juge du procès a commis une erreur de droit en écartant la troisième déclaration que l'intimée a faite au sergent Tait après avoir été informée des droits garantis à l'al. 10b) de la *Charte* et consulté un avocat. Dans les circonstances de l'espèce, la déclaration n'a pas été faite en vertu de l'obligation imposée par les dispositions de la *Motor Vehicle Act* et elle était clairement admissible, ayant été jugée volontaire.

Disposition

120 Therefore, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and order a new trial on the basis that the respondent's third statement is admissible in evidence.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Peter Burns, La Ronge, Saskatchewan.*

Dispositif

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et d'ordonner un nouveau procès au motif que la troisième déclaration de l'intimée est admissible en preuve.

*Pourvoi rejeté, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Peter Burns, La Ronge (Saskatchewan).*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

*v.*

**B.G.** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. G. (B.)

File No.: 26226.

1999: January 29; 1999: June 10.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Evidence — Mental disorder — Protected statements — Admissibility — Accused charged with various sexual offences — Accused's mental condition assessed by psychiatrist — Accused's testimony at trial inconsistent with protected statement made to psychiatrist — Criminal Code providing that protected statement admissible in such a case for purpose of challenging accused's credibility — Protected statement tied to out-of-court statement made to police and ruled inadmissible at outset of trial — Whether protected statement also inadmissible — If so, whether it may be used to challenge accused's credibility — Interpretation of s. 672.21(3)(f) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.*

The accused went to a police station and, after he was cautioned and his constitutional rights were read, made a statement to the police in which he admitted to engaging in various acts of a sexual nature with his young cousin. The accused was subsequently charged, and a court ordered an assessment of his mental condition under s. 672.11(a) and (b) of the *Criminal Code*. During this assessment, the accused made an incriminating admission (the "protected statement") to the psychiatrist when the latter asked him to explain the out-of-court statement he had made to the police. The defence requested a second assessment. Both psychiatrists' reports noted the accused's limited mental capacity, but nevertheless concluded that he was fit to stand trial. The reports also indicated that the accused was very accommodating toward those in authority and that his answers were unreliable in an anxiety-producing situation. At trial, following the victim's testimony, the Crown sought to introduce the accused's out-of-court

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

*c.*

**B.G.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. G. (B.)

N° du greffe: 26226.

1999: 29 janvier; 1999: 10 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Preuve — Troubles mentaux — Déclarations protégées — Admissibilité — Accusé inculpé de diverses infractions d'ordre sexuel — Évaluation de l'état mental de l'accusé faite par un psychiatre — Témoignage de l'accusé au procès incompatible avec la déclaration protégée qu'il a faite au psychiatre — Code criminel prévoyant l'admissibilité d'une déclaration protégée dans un tel cas pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé — Déclaration protégée liée à une déclaration extrajudiciaire faite à la police et déclarée inadmissible au début du procès — La déclaration protégée est-elle également inadmissible? — Dans l'affirmative, peut-elle être utilisée pour attaquer la crédibilité de l'accusé? — Interprétation de l'art. 672.21(3)f) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.*

L'accusé s'est présenté à un poste de police et, après avoir reçu une mise en garde et obtenu lecture de ses droits constitutionnels, il a fourni à la police une déclaration dans laquelle il admet s'être livré à divers actes à caractère sexuel sur son jeune cousin. L'accusé est subseqüemment inculpé et un tribunal ordonne une évaluation de son état mental en vertu des al. 672.11a) et b) du *Code criminel*. Lors de cette évaluation, le psychiatre obtient de l'accusé un aveu incriminant (la «déclaration protégée») lorsqu'il lui demande de s'expliquer au sujet de la déclaration extrajudiciaire faite aux policiers. Une seconde expertise est demandée par la défense. Les rapports des deux psychiatres soulignent les faibles capacités mentales de l'accusé mais concluent néanmoins qu'il est apte à subir son procès. Les rapports indiquent également la grande complaisance de l'accusé devant les personnes en autorité et le peu de fiabilité de ses réponses lorsqu'il se trouve dans une situation anxio-gène. Au procès, à la suite du témoignage de la victime,

statement. Based on the psychiatric assessments, the trial judge ruled it inadmissible. The accused later testified and denied any sexual activity with the victim. The Crown then cross-examined him on his "protected statement" under s. 672.21(3)(f) of the *Code*. Section 672.21(3) lists a few exceptions to the general principle that protected statements are inadmissible in evidence, in particular para. (f), which provides that such a statement is admissible for the purpose of challenging the credibility of the accused where his or her testimony is inconsistent with the protected statement. In the opinion of the trial judge, the debate turned entirely on the credibility of the witnesses. Citing the accused's lack of credibility, and preferring the victim's version of the facts, he found the accused guilty. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial. The court stated that the trial judge had erred in using the protected statement against the accused to challenge his credibility.

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

*Per* Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The accused's admission to the psychiatrist is a protected statement within the meaning of s. 672.21 of the *Code*. Assuming the first confession to the police is inadmissible, the second statement will also be inadmissible if the degree of connection between the two statements is sufficient for the second to have been contaminated by the first. This interpretation meets the requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which entrenched certain aspects of the confessions rule. A confession found to be inadmissible could not be introduced indirectly without affecting the right to silence and the principle against self-incrimination. Moreover, as the second statement is inadmissible because the first confession contaminated it, it is unnecessary to decide whether the second statement is a confession to a person in authority. In this case, the second statement is inadmissible because of its degree of connection with the prior inadmissible confession. The admission to the psychiatrist resulted directly from the confrontation of the accused with his previous statement. No additional information was obtained. Since the second statement exists only because of the first, it is unnecessary to consider here whether the tainting factors continued to exist, although in this case they were still present to some extent.

le ministère public tente d'introduire en preuve la déclaration extrajudiciaire de l'accusé. Se fondant sur les expertises psychiatriques, le juge du procès la déclare inadmissible. Par la suite, l'accusé témoigne et nie toute activité sexuelle avec la victime. Le ministère public le contre-interroge alors sur sa «déclaration protégée» en vertu de l'al. 672.21(3)f) du *Code*. Le paragraphe 672.21(3) énumère quelques exceptions au principe général de l'inadmissibilité en preuve d'une déclaration protégée, en particulier l'al. f) qui prévoit l'admissibilité d'une telle déclaration pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsqu'il rend un témoignage contredisant sa déclaration protégée. Pour le juge du procès, le débat porte entièrement sur la crédibilité des témoins. Soulignant le manque de crédibilité de l'accusé et préférant la version de la victime, il conclut à la culpabilité de celui-ci. La Cour d'appel accueille l'appel de l'accusé et ordonne la tenue d'un nouveau procès. La cour indique que le juge du procès a commis une erreur en utilisant contre l'accusé la déclaration protégée pour mettre en doute sa crédibilité.

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

*Le* juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: L'aveu de l'accusé fait au psychiatre constitue une déclaration protégée au sens de l'art. 672.21 du *Code*. En tenant pour acquis que la première confession faite aux policiers est inadmissible, la deuxième déclaration le sera également si la connexité entre les deux déclarations est suffisante pour que la seconde ait été contaminée par la première. Cette interprétation est conforme aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui a constitutionnalisé, à l'art. 7, certains éléments de la règle des confessions. Une confession jugée inadmissible ne saurait être introduite en preuve indirectement sans mettre en cause le droit au silence et le principe interdisant l'auto-incrimination. De plus, puisque c'est en raison de la contamination qui existe entre la première confession et la seconde déclaration que cette dernière est inadmissible, il n'y a donc pas lieu, dans un tel cas, de décider si la deuxième déclaration est une confession faite à une personne en autorité. En l'espèce, la seconde déclaration est inadmissible en raison de sa connexité avec la confession inadmissible antérieure. L'aveu fait au psychiatre résulte directement de la confrontation de l'accusé avec sa première déclaration. Aucune information supplémentaire n'a été obtenue. Puisque la seconde déclaration n'existe qu'en vertu de la première, il n'est pas nécessaire de s'attarder ici à la persistance des facteurs viciateurs, bien qu'en l'espèce ceux-ci étaient toujours présents dans une certaine mesure.

Although it is possible, in certain circumstances, to distinguish between the use of evidence to challenge the credibility of an accused and its use on the merits, that is not the case with the confessions rule. That rule provides that an involuntary confession may not be used for any purpose. The confessions rule excludes the protected statement because it is derived from the prior inadmissible confession.

Section 672.21 of the *Code* is not inconsistent with the application of the confessions rule. In enacting the section, Parliament sought a balance between the need to learn the truth and the protection of accused persons ordered to undergo an assessment of their mental capacity. This balance would be difficult to achieve if the rules of evidence which provide for the exclusion of otherwise inadmissible evidence were set aside. If the exception in s. 672.21(3)(f) does allow previously excluded evidence to be reintroduced indirectly, accused persons will refuse to answer some of their psychiatrist's questions for fear this evidence may be reintroduced at trial. Even more importantly, we must prefer an interpretation of s. 672.21(3)(f) that does not make the provision of no force or effect, if that interpretation is at all plausible. Now that the confessions rule, which does not allow for any use of an involuntary statement, has been given constitutional expression, using evidence contrary to this rule would infringe s. 7 of the *Charter*. Finally, nothing in the wording of s. 672.21(3)(f) indicates that Parliament wanted to abolish the confessions rule; the interpretation that is contrary to the *Charter* must therefore be rejected.

In the circumstances of this case, the fact that the defence accepted the introduction in evidence of the psychiatrist's report containing the protected statement and did not object to the use of this evidence by the Crown during cross-examination of the accused was not a valid waiver or consent to the use of the protected statement.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The statement the accused made to the psychiatrist is a "protected statement". Section 672.21(3)(f) of the *Criminal Code* permits the use of protected statements to challenge the credibility of the accused where he takes the stand and gives a different statement in evidence. Here, the accused gave a different version of events at trial from that which he had provided to the psychiatrist. In keeping with the limited exception carved out by s. 672.21(3)(f), the trial judge used the

S'il est possible, dans certaines circonstances, de faire la distinction entre l'utilisation d'une preuve dans le but de mettre en doute la crédibilité d'un accusé et son utilisation au fond, ce n'est pas le cas en ce qui concerne la règle des confessions. Cette règle prévoit qu'on ne peut utiliser à quelque fin que ce soit une confession involontaire. La règle des confessions prévoit donc l'exclusion de la déclaration protégée parce qu'elle est dérivée de la confession inadmissible antérieure.

L'article 672.21 du *Code* n'est pas incompatible avec l'application de la règle des confessions. En adoptant cet article, le législateur a cherché un équilibre entre la recherche de la vérité et la protection des accusés soumis à une évaluation de leur capacité mentale. Cet équilibre sera difficilement atteint par la mise à l'écart des règles de preuve qui prévoient l'exclusion d'une preuve par ailleurs inadmissible. Si l'exception de l'al. 672.21(3)(f) permet de réintroduire indirectement des preuves précédemment exclues, les accusés refuseront de répondre à certaines questions de leur psychiatre de peur que ces preuves ne soient réintroduites au procès. Plus important encore, il faut favoriser une interprétation de l'al. 672.21(3)(f) qui ne rend pas la disposition inopérante, si tant est qu'elle soit plausible. Puisque la règle des confessions qui s'oppose à toute utilisation d'une déclaration involontaire est maintenant constitutionnalisée, l'utilisation d'une preuve en contradiction de cette règle contreviendrait à l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, rien dans le texte de l'al. 672.21(3)(f) ne permet d'affirmer que le législateur ait voulu écarter la règle des confessions; il faut donc rejeter l'interprétation qui est contraire à la *Charte*.

Dans les circonstances de l'espèce, le consentement de la défense au dépôt en preuve du rapport du psychiatre qui contenait la déclaration protégée et le fait que la défense ne se soit pas opposée à l'utilisation de cette preuve par le ministère public lors du contre-interrogatoire de l'accusé ne constituent ni une renonciation valable ni un consentement à l'utilisation de la déclaration protégée.

*Les* juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La déclaration de l'accusé au psychiatre est une «déclaration protégée». L'alinéa 672.21(3)(f) du *Code criminel* permet l'utilisation des déclarations protégées en vue de mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsqu'il se présente à la barre et fait une déclaration différente au cours de son témoignage. En l'espèce, au procès, l'accusé a donné une version différente des événements de celle qu'il avait donnée au psychiatre. Conformément à l'exception limitée prévue par

accused's statement to the psychiatrist only on the issue of credibility.

The accused's contention that his statement to the psychiatrist was inadmissible and outside the reach of s. 672.21(3)(f) must be rejected. First, that statement was not an involuntary confession. Even if the psychiatrist could be considered a person in authority, there is no suggestion that the statement to the psychiatrist was not voluntary. The accused was not deprived of his right to choose whether to confess or not. In addition, the statement was not inadmissible because of its links to the earlier police confession which the trial judge ruled inadmissible. The connection between the accused's statement to the psychiatrist and the earlier statement to the police does not meet either branch of the test for inadmissibility by derivation set out in *I. (L.R.) and T. (E.)*. The tainting features which disqualified the first confession were no longer present, and the first statement did not effectively deprive the accused of the choice of whether to make the subsequent statement. The substantial connection between the two statements required by the law to establish involuntariness is therefore not present in this case. To assert that every statement similar to or derived from an inadmissible confession thereby becomes inadmissible is to undermine the rationale of choice that lies at the heart of the confessions rule and the doctrine of derivative exclusion. Connectedness or similarity between a prior inconsistent statement and a subsequent statement renders the subsequent statement inadmissible only if it rises to the level of showing that the connection may have rendered the second statement involuntary.

Second, even if the accused had established that the statement to the psychiatrist was inadmissible, the statement could be used to challenge the accused's credibility pursuant to s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*. The limited use exception set out in that section is properly interpreted as applying to all "protected statements", including inadmissible confessions. The wording of s. 672.21(3)(f) is clear and conforms to Parliament's intentions. In enacting s. 672.21, Parliament wished not only to facilitate court-ordered assessments of accused persons by providing them with a guarantee of confidentiality, but also to uphold and protect the search for truth. Section 672.21(3)(f) effects a compromise between these two purposes. While the common law confessions rule does not permit inadmissible

l'al. 672.21(3)(f), le juge du procès n'a utilisé la déclaration de l'accusé au psychiatre qu'à l'égard de la question de la crédibilité.

L'argument de l'accusé que sa déclaration au psychiatre était inadmissible et soustrait à l'application de l'al. 672.21(3)(f) doit être rejeté. Premièrement, cette déclaration n'était pas une confession involontaire. Même s'il était possible de considérer le psychiatre comme une personne en situation d'autorité, personne ne prétend que la déclaration au psychiatre n'était pas volontaire. L'accusé n'a pas été privé de son droit de décider de faire ou non une confession. En outre, la déclaration n'était pas inadmissible en raison de ses liens avec la confession antérieure qui avait été faite à la police et qui avait été déclarée inadmissible par le juge du procès. Le lien entre la déclaration de l'accusé au psychiatre et la déclaration antérieure à la police ne respecte ni l'un ni l'autre des volets du critère établi dans l'arrêt *I. (L.R.) et T. (E.)* en matière d'inadmissibilité par dérivation. Les caractéristiques ayant vicié la première confession n'existaient plus, et la première déclaration n'a pas effectivement privé l'accusé de la possibilité de décider de faire ou non la déclaration subséquente. Le degré de connexité important entre les deux déclarations qui est exigé par le droit pour établir le caractère involontaire n'existe donc pas dans la présente affaire. Affirmer que toute déclaration dérivée d'une confession inadmissible ou similaire à une telle confession devient de ce fait inadmissible a pour effet de miner la raison d'être du choix qui est au cœur de la règle des confessions et de la doctrine de l'exclusion de la preuve dérivée. La connexité ou la similitude entre une déclaration antérieure incompatible et une déclaration subséquente ne rend cette dernière inadmissible que si cette connexité ou similitude est suffisante pour démontrer que le lien est susceptible d'avoir rendu la seconde déclaration involontaire.

Deuxièmement, même si l'accusé avait établi que sa déclaration au psychiatre était inadmissible, elle pourrait néanmoins être utilisée pour mettre en doute sa crédibilité en vertu de l'al. 672.21(3)(f) du *Code criminel*. Il est bien fondé de considérer que l'exception limitée en matière d'utilisation prévue par cette disposition s'applique à toutes les «déclarations protégées», y compris les confessions inadmissibles. Le texte de cet alinéa est clair et conforme à l'intention du législateur. En édictant l'art. 672.21, le législateur désirait non seulement faciliter les évaluations psychiatriques ordonnées par les tribunaux en accordant aux accusés une garantie de confidentialité, mais également soutenir et protéger la recherche de la vérité. L'alinéa 672.21(3)(f) réalise un compromis entre ces deux objectifs. Bien que la règle de

confessions or statements derived therefrom to be used to impeach an accused's credibility, Parliament has the power to alter the common law. Given the lack of ambiguity in s. 672.21(3)(f) and the absence of a constitutional challenge, this section cannot be read down on constitutional grounds.

Even if the constitutionality of s. 672.21(3)(f) were considered, there is every indication that it would pass constitutional muster. A statement obtained in breach of a constitutional right, specifically the right not to incriminate oneself, does not automatically render any subsequent use of the statement unconstitutional. The consequences of a breach of that right fall to be decided under s. 24 of the *Charter* by assessing whether the use of the statement will bring the administration of justice into disrepute. If situations arise where such use requires exclusion under s. 24(2) they may be addressed on the facts of the case at issue. This does not support the conclusion that Parliament is generally prohibited from permitting the use of protected statements, including inadmissible confessions, to challenge the accused's credibility.

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Applied:** *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; **referred to:** *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *Monette v. The Queen*, [1956] S.C.R. 400; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *Thompson v. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Motel Pierre Inc. v. Cité de Saint-Laurent*, [1967] Que. Q.B. 239; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Slaight Communications Inc.*

common law relative aux confessions n'autorise pas l'utilisation des confessions inadmissibles ou des déclarations qui en sont dérivées pour attaquer la crédibilité d'un accusé, le législateur a le pouvoir de modifier la common law. Vu l'absence d'ambiguïté du texte de l'al. 672.21(3)f) et le fait qu'on ne conteste pas sa constitutionnalité, cette disposition ne peut recevoir une interprétation atténuée pour des motifs d'ordre constitutionnel.

Même si la constitutionnalité de l'al. 672.21(3)f) était contestée, tout indique qu'il résisterait à un tel examen. Le fait qu'une déclaration a été obtenue en violation d'un droit reconnu par la Constitution, en l'occurrence le droit de ne pas s'incriminer, ne rend pas automatiquement inconstitutionnelle toute utilisation subséquente de cette déclaration. Les conséquences d'une atteinte à ce droit sont déterminées par application de l'art. 24 de la *Charte*, c'est-à-dire en décidant si l'utilisation de la déclaration en cause est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas où une telle utilisation d'une déclaration commande d'écarter celle-ci en vertu du par. 24(2) peuvent être décidés à la lumière des faits qui leur sont propres. Cela ne permet pas de conclure qu'il est généralement interdit au législateur de permettre l'utilisation de déclarations protégées, y compris les confessions inadmissibles, pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé.

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt suivi:** *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; **arrêts mentionnés:** *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; *Hebert c. The Queen*, [1955] R.C.S. 120; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *Monette c. The Queen*, [1956] R.C.S. 400; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *Thompson c. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Motel Pierre Inc. c. Cité de Saint-Laurent*, [1967] B.R. 239; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Slaight Communications Inc.*

v. *Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Whittle* [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(c), 13, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43, s. 4], ss. 672.11(a), (b), 672.21, 672.21(3)(f), 686(1)(b)(iii) [*idem*, s. 9 (Sch., item 8)].

### Authors Cited

Canada. Canadian Committee on Corrections. Report. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.  
 Canada. Department of Justice. *Report of a Committee Appointed to Inquire Into the Principles and Procedures Followed in the Remission Service of the Department of Justice of Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1956.  
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, p. 3296.  
 Canada. Law Reform Commission. *Mental Disorder in the Criminal Process*. Ottawa: The Commission, 1976.  
 Canada. Royal Commission to investigate the Penal System of Canada. *Report of the Royal Commission to investigate the Penal System of Canada*. Ottawa: King's Printer, 1938.  
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.  
 Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1997), 10 C.R. (5th) 235, 119 C.C.C. (3d) 276, [1997] Q.J. No. 2267 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction and ordering a new trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*Maurice Galarneau and Caroline Vallières*, for the appellant.

*Robert Malo*, for the respondent.

c. *Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Whittle* [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11(c), 13, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43, art. 4], art. 672.11a), b), 672.21, 672.21(3)f), 686(1)b)(iii) [*idem*, art. 9 (ann., art. 8)].

### Doctrine citée

Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Rapport. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.  
 Canada. Commission de réforme du droit. *Le désordre mental dans le processus pénal*. Ottawa. La Commission, 1976.  
 Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada*. Ottawa: Imprimeur du Roi, 1938.  
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 4 octobre 1991, p. 3296.  
 Canada. Ministère de la Justice. *Rapport d'un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au service des pardons du ministère de la Justice du Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1956.  
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.  
 Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1997), 10 C.R. (5th) 235, 119 C.C.C. (3d) 276, [1997] A.Q. n° 2267 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

*Maurice Galarneau et Caroline Vallières*, pour l'appelante.

*Robert Malo*, pour l'intimé.

English version of the judgment of Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. delivered by

BASTARACHE J. —

### I. Introduction

The interpretation of a statutory provision is often problematic when the extent to which it must be consistent with traditional common law rules and the constitutional values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is to be determined. That is what must be done in the case at bar with respect to s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which deals with the circumstances in which a “protected statement” made by an accused to a psychiatrist who is assessing his or her fitness to stand trial is admissible.

### II. Facts

The respondent B.G. is charged with engaging in various acts of a sexual nature with his young cousin D.C. over a seven-year period. The alleged incidents began in 1983 when the respondent was nineteen and the victim five years old.

On March 18, 1993, at the request of the police, the respondent went to a Sûreté du Québec police station, accompanied by his older brother. After he was cautioned and his constitutional rights were read, the respondent made an inculpatory statement which was taken down in writing by the police, in which he admitted and explained in detail the alleged sexual assaults. The respondent was subsequently charged with a summary conviction offence.

In February 1994, during the *pro forma* hearing, the court, with the consent of the parties, directed psychiatrist John Wolwertz to assess the respondent’s fitness to stand trial and his capacity for criminal responsibility under s. 672.11(a) and (b) of the *Criminal Code*. During this assessment, the respondent made an incriminating admission (hereafter the “protected statement”) to Dr. Wolwertz when the latter asked him to explain

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie a été rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

### I. Introduction

L’interprétation d’une disposition législative est souvent problématique lorsqu’il s’agit de déterminer dans quelle mesure elle doit s’harmoniser avec les règles traditionnelles de la common law et avec les valeurs constitutionnelles de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C’est ce qu’il nous faut faire en l’espèce au sujet de l’al. 672.21(3)f) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portant sur les modalités applicables à l’admissibilité d’une «déclaration protégée» faite par un accusé au psychiatre qui procède à l’évaluation de sa capacité à subir son procès.

### II. Les faits

L’intimé B.G., est accusé de s’être livré à divers actes à caractère sexuel sur son jeune cousin D.C. pendant une période de sept ans. Les événements reprochés débutent en 1983 alors que l’intimé est âgé de dix-neuf ans et la victime de cinq ans.

Le 18 mars 1993, à la demande des policiers, l’intimé se présente à un poste de la Sûreté du Québec, accompagné de son frère aîné. Après avoir reçu une mise en garde et obtenu lecture de ses droits constitutionnels, l’intimé fournit à la police une déclaration inculpatoire qui sera consignée par écrit, dans laquelle il admet et explique en détail le déroulement des agressions sexuelles reprochées. L’intimé est subséquemment inculqué par voie de procédure sommaire.

En février 1994, lors de l’enquête *pro forma*, le tribunal mandate, du consentement des parties, le psychiatre John Wolwertz afin d’évaluer l’aptitude de l’intimé à subir son procès et sa capacité d’encourir une responsabilité criminelle suivant les al. 672.11a) et b) du *Code criminel*. Lors de cette évaluation, le Dr Wolwertz obtient de l’intimé un aveu incriminant (ci-après la «déclaration protégée») en lui demandant de s’expliquer au

the out-of-court statement he had made to the police the year before.

sujet de la déclaration extrajudiciaire faite aux policiers l'année précédente.

5 The defence requested a second assessment, to be made by psychiatrist Paul-André Lafleur. After noting the respondent's limited mental capacity, lack of education and state of dependence, Dr. Lafleur and Dr. Wolwertz nevertheless concluded in their respective reports that he was fit to stand trial and should be considered to be of sound mind at the time of commission of the alleged acts. The reports also emphasized that the respondent was very accommodating toward those in authority and that his answers were unreliable in an anxiety-producing situation.

Une seconde expertise est demandée par la défense, qui mandate le psychiatre Paul-André Lafleur à cette fin. Dans leurs rapports respectifs, le Dr Lafleur et le Dr Wolwertz, après avoir souligné les faibles capacités mentales, le manque d'éducation et l'état de dépendance de l'intimé, ont néanmoins conclu qu'il était apte à subir son procès et devait être tenu pour sain d'esprit au moment de la perpétration des actes reprochés. Les rapports soulignent également la grande complaisance de l'intimé devant les personnes en autorité et le peu de fiabilité de ses réponses lorsqu'il se trouve dans une situation anxieuse.

6 At trial, following the victim's testimony, the Crown sought to introduce the respondent's out-of-court statement. After a *voir dire*, Judge Lamoureux, sitting without a jury, ruled the statement inadmissible based on the psychiatric assessments which called into question the accused's ability to understand the consequences of his statement and its possible use in court, and on the unreliability of the accused's answers in an anxiety-producing situation.

Au procès, à la suite du témoignage de la victime, le ministère public tente d'introduire en preuve la déclaration extrajudiciaire de l'intimé. À la suite d'un voir-dire, le juge Lamoureux, siégeant sans jury, déclare celle-ci inadmissible. Il se fonde en cela sur les expertises psychiatriques qui le font douter de la capacité de l'accusé à comprendre les conséquences de sa déclaration et de son utilisation éventuelle devant le tribunal, ainsi que sur le peu de fiabilité des réponses de l'accusé lorsqu'il se trouve dans une situation anxieuse.

7 The respondent later testified for the defence and denied any sexual activity with the victim. The Crown then cross-examined him on his "protected statement" under s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*, in view of its inconsistency with his testimony. The defence did not object to these questions. Finally, before closing the case, counsel for both parties agreed to file the testimony given by the two psychiatrists during the *voir dire*, as well as their respective reports.

Par la suite, l'intimé témoigne en défense et nie toute activité sexuelle avec la victime. Le ministère public le contre-interroge alors sur sa «déclaration protégée» en vertu de l'al. 672.21(3)(f) du *Code criminel*, vu l'incompatibilité entre celle-ci et son témoignage. La défense ne s'oppose pas à ces questions. Enfin, avant de clore la preuve, les procureurs conviennent de déposer les témoignages rendus par les deux psychiatres lors du voir-dire, ainsi que leurs rapports respectifs.

### III. Relevant Statutory Provisions

### III. Les dispositions législatives pertinentes

8 Section 672.21 of the *Criminal Code* provides as follows:

L'article 672.21 du *Code criminel* prévoit:

**672.21** (1) In this section, "protected statement" means a statement made by the accused during the course and for the purposes of an assessment or treatment directed by a disposition, to the person specified in

**672.21** (1) Au présent article, «déclaration protégée» s'entend de la déclaration faite par l'accusé dans le cadre de l'évaluation ou du traitement prévu par une décision à la personne désignée dans l'ordonnance

the assessment order or the disposition, or to anyone acting under that person's direction.

(2) No protected statement or reference to a protected statement made by an accused is admissible in evidence, without the consent of the accused, in any proceeding before a court, tribunal, body or person with jurisdiction to compel the production of evidence.

(3) Notwithstanding subsection (2), evidence of a protected statement is admissible for the purpose of

- (a) determining whether the accused is unfit to stand trial;
- (b) making a disposition or placement decision respecting the accused;
- (c) finding whether the accused is a dangerous mentally disordered accused under section 672.65;
- (d) determining whether the balance of the mind of the accused was disturbed at the time of commission of the alleged offence, where the accused is a female person charged with an offence arising out of the death of her newly-born child;
- (e) determining whether the accused was, at the time of the commission of an alleged offence, suffering from automatism or a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection 16(1), if the accused puts his or her mental capacity for criminal intent into issue, or if the prosecutor raises the issue after verdict;
- (f) challenging the credibility of an accused in any proceeding where the testimony of the accused is inconsistent in a material particular with a protected statement that the accused made previously; or
- (g) establishing the perjury of an accused who is charged with perjury in respect of a statement made in any proceeding.

#### IV. Judicial History

##### A. *Court of Québec* (February 14, 1996)

Faced with contradictory versions of the facts, Judge Lamoureux stated that the debate turned entirely on the credibility of the witnesses. It was because of the accused's lack of credibility, due *inter alia* to his admission of guilt to Dr. Wolwertz and subsequent denial before the court, that Judge Lamoureux found the accused guilty, preferring

d'évaluation ou la décision ou à un préposé de cette personne.

(2) Les déclarations protégées ou la mention d'une déclaration protégée faite par l'accusé ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l'accusé dans toute procédure devant un tribunal, une cour, un organisme ou une personne qui a compétence pour ordonner la production d'éléments de preuve.

(3) Par dérogation au paragraphe (2), une preuve d'une déclaration protégée est admissible pour:

- a) déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès;
- b) rendre une décision ou une ordonnance de placement à l'égard de l'accusé;
- c) déterminer si l'accusé est un accusé dangereux atteint de troubles mentaux au sens de l'article 672.65;
- d) déterminer si l'accusée inculpée d'une infraction liée à la mort de son enfant nouveau-né était mentalement déséquilibrée au moment de la perpétration de l'infraction;
- e) déterminer si l'accusé était atteint de troubles mentaux ou d'automatisme de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle sous le régime du paragraphe 16(1) au moment de la perpétration de l'infraction reprochée, à la condition que l'accusé ait lui-même mis en doute sa capacité mentale à former l'intention criminelle nécessaire ou que le poursuivant soulève la question après le verdict;
- f) mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsque le témoignage qu'il rend dans des procédures est incompatible sur un point important avec une déclaration protégée qu'il a déjà faite;
- g) prouver le parjure d'une personne accusée de parjure en raison d'une déclaration faite au cours de quelques procédures que ce soit.

#### IV. Historique judiciaire

##### A. *La Cour du Québec* (14 février 1996)

Confronté à des versions contradictoires des faits, le juge Lamoureux souligne que le débat porte entièrement sur la crédibilité des témoins. C'est en raison du manque de crédibilité de l'accusé, résultant entre autres de son admission de culpabilité au Dr Wolwertz et de la négation subséquente devant la cour, que le juge Lamoureux

the victim's version of the facts, which was the Crown's only evidence. He stated the following in this regard:

[TRANSLATION] The accused gave, invented two (2) scenarios for the crime with which he was charged. What credibility must I give to the testimony of the accused, who admitted to Dr. Wolwertz that he sexually assaulted the victim and who, under oath, before the Court, denied this statement? That the accused says to the Court that he was intimidated, I cannot accept this defence which was the only one put forward by the accused, his state of mind. I understand that the accused may have certain problems, but not to the point of not . . . in any event, he proved during his meeting with Dr. Wolwertz that he could understand the questions put to him reasonably well. I therefore accept what he said to Dr. Wolwertz.

The second part, the grounds which led me to a decision, is that I was not particularly impressed by the accused's testimony. I understand that the accused has certain problems, they are discussed in the reports by Dr. Wolwertz and Dr. Paul-André Lafleur, but neither of them can satisfy me that the accused did not know or could not understand the admissions he made. It is a question of credibility, and if, for the purposes of the authorities, I refer, as I must, to the Supreme Court's directions in *W.B.C.* on credibility with regard to the accused's behaviour during the trial, I cannot accept his testimony or his denial of the actions, the sexual assaults he committed.

B. *Quebec Court of Appeal* (1997), 10 C.R. (5th) 235

conclut à sa culpabilité, préférant la version des faits de la victime, qui constituait la seule preuve du ministère public. Il affirme à ce sujet:

L'accusé a donné, a inventé deux (2) scénarios pour le crime qu'on lui reproche. Quelle crédibilité dois-je donner au témoignage de l'accusé, qui a admis au docteur Wolwertz qu'il a agressé sexuellement la victime et qui, sous serment, devant la Cour, nie cette déclaration? Que l'accusé dise à la Cour qu'il était intimidé, je ne peux pas retenir cette à peu près seule défense que l'accusé a présentée, son état psychique. Je comprends que l'accusé peut avoir certains problèmes, mais pas au point de ne pas . . . d'ailleurs, il a prouvé lors de sa rencontre avec le docteur Wolwertz, qu'il pouvait raisonnablement bien comprendre les questions qui lui étaient posées. Alors, moi je retiens les paroles qu'il a tenues avec le docteur Wolwertz.

La deuxième partie, les motifs qui m'ont m'amené (*sic*) à une conclusion, est que je n'ai pas particulièrement été épaté par le témoignage rendu par l'accusé. Je comprends que l'accusé a certains problèmes, on les considère dans le rapport du docteur Wolwertz, dans le rapport du docteur Paul-André Lafleur, mais ni un (*sic*) ni l'autre ne peut m'amener à la conclusion que l'accusé ne savait pas ou ne pouvait pas comprendre les admissions qu'il a faites. C'est une question de crédibilité, et si, pour les fins de la jurisprudence, je me réfère, et je dois le faire, aux impératifs de la cause *W.B.C.* de la Cour suprême sur la crédibilité vis-à-vis le comportement de l'accusé lors du procès, je ne retiens pas son témoignage, je ne retiens pas sa négation des gestes, des agressions sexuelles qu'il a commises.

B. *La Cour d'appel du Québec* (1997), 10 C.R. (5th) 235

<sup>10</sup> Proulx J.A., for the court, first examined the legislative provisions concerning the use of a protected statement, namely s. 672.21 of the *Criminal Code*. He noted that the admissibility of an out-of-court statement of this type depends on the purpose for which it was introduced. He added that subs. (3)(f), which applies in the case at bar, was a codification of the principles set out by the Supreme Court in *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, and *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618.

Le juge Proulx, au nom de la cour, a d'abord examiné les dispositions législatives concernant l'usage d'une déclaration protégée, soit l'art. 672.21 du *Code criminel*. Il a noté que la recevabilité d'une déclaration extrajudiciaire de cette nature était fonction du but recherché par sa mise en preuve. Il a ajouté que l'al. (3)(f), applicable en l'instance, était une codification des principes énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, et *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

<sup>11</sup> After noting that the respondent's admission to Dr. Wolwertz was indeed a "protected statement"

Après avoir noté que l'aveu de l'intimé au Dr Wolwertz constituait bel et bien une «déclara-

within the meaning of s. 672.21 of the *Criminal Code*, Proulx J.A. stated that this admission could normally be put to the respondent in cross-examination to challenge his credibility, but that the source of the problem in the instant case was that the statement itself was obtained illegally. At p. 242 he states:

[TRANSLATION] To read s. 672.21(3)(f) so as to authorize the use of any “protected statement” of an accused, without regard to the means used to obtain it, would contravene the most basic principles of fundamental justice which are entrenched in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and which also govern the exercise of the Court’s discretionary power to exclude evidence where the prejudice which would result from its admission would outweigh its probative value.

In the case before us, the evidence of the admission was obtained by Dr. Wolwertz by confronting the appellant [the respondent in this appeal] with his statement to the police which was later held inadmissible by the trial judge because it was not given freely and voluntarily. It seems difficult to imagine a clearer case for the application of the rule that “involuntary statements may not be used”, as the Supreme Court recently reiterated in *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, p. 674. Furthermore, in that case, the Court adopted what had been stated in . . . *Monette [v. The Queen]*, [1956] S.C.R. 400, that is, that “nothing more ought to be heard of it” once a statement by the accused has been held inadmissible. Consequently, the admission obtained by Dr. Wolwertz was also inadmissible and the trial judge erred in using it against the [respondent].

The Court of Appeal was of the view that in his evaluation of the protected statement, Judge Lamoureux should have considered the same grounds which justified the exclusion of the first statement to the police, namely the lack of reliability of the respondent’s answers in an unusual and anxiety-producing situation.

The issue of consent by the defence to the use of the admission, which was raised by the Crown, was also examined by the Court of Appeal, which dealt with it as follows at p. 243:

[TRANSLATION] . . . I find it difficult to believe that after successfully challenging the admissibility of the admis-

tion protégée» au sens de l’art. 672.21 du *Code criminel*, le juge Proulx a observé que cet aveu pouvait normalement être opposé à l’intimé en contre-interrogatoire pour mettre en doute sa crédibilité, mais que la source du problème en l’instance résidait dans l’obtention illégale de la déclaration elle-même. Il affirme à la p. 242:

Lire l’al. 672.21(3)f de manière à autoriser l’utilisation de toute «déclaration protégée» d’un accusé, sans égard aux moyens utilisés pour l’obtenir, contreviendrait aux principes les plus élémentaires de justice fondamentale qui sont enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui régissent également l’exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal d’écarter une preuve si le préjudice qui découlerait de son admission l’emportait sur sa valeur probante.

Dans le cas à l’étude, la preuve de l’aveu a été obtenue par le Dr Wolwertz en confrontant l’appelant [l’intimé dans le présent pourvoi] à sa déclaration donnée aux policiers qui a été par la suite jugée irrecevable par le premier juge parce que non libre et volontaire. Il me semble difficile d’imaginer un cas plus clair d’application de la règle qu’«on ne peut faire usage d’une déclaration involontaire», comme le rappelait récemment la Cour suprême dans l’arrêt *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660 [. . .], p. 674. D’ailleurs dans cet arrêt, la Cour reprend ce qui avait été affirmé dans [. . .] *Monette [c. The Queen]*, [1956] R.C.S. 400, à savoir, qu’ [TRANSLATION] «il n’en sera plus question» après qu’une déclaration d’un accusé ait été jugée irrecevable. En conséquence, l’aveu obtenu par le Dr Wolwertz était également irrecevable et c’est à tort que le premier juge l’a utilisé contre [l’intimé].

La Cour d’appel est d’avis que les mêmes raisons qui justifiaient l’exclusion de la première déclaration policière, à savoir le peu de fiabilité des réponses de l’intimé dans une situation inhabituelle et anxieuse, auraient dû être considérées par le juge Lamoureux dans son évaluation de la déclaration protégée.

La question du consentement de la défense à l’utilisation de l’aveu, soulevée par le ministère public, est aussi examinée par la Cour d’appel, qui en dispose en ces termes, à la p. 243:

. . . je peux difficilement concevoir qu’après avoir contesté avec succès l’admission en preuve des aveux faits

12

13

sions made by [the respondent] to the police, counsel for the [respondent] nevertheless wanted these admissions used against his client, through Dr. Wolwertz's report: the consent to the production of the report therefore cannot have this result.

#### V. Issues

14 On February 12, 1998, this Court granted the appellant leave to appeal the judgment of the Quebec Court of Appeal on the following issue:

[TRANSLATION] Did the Court of Appeal err in law in unanimously deciding that the trial judge had erred in law in interpreting s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code* as allowing him to use the respondent's "protected statement" against him?

The appellant has also formulated the following issue:

[TRANSLATION] May a "protected statement" be used for the purposes prescribed by the Act if it was obtained through the use of evidence, in this case an out-of-court statement, which was subsequently found to be inadmissible?

#### VI. Analysis

15 Part XX.1 of the *Criminal Code* is the result of a consolidation of all of the criminal law principles concerning persons with mental disorders. This consolidation occurred in February 1992, following much consultation and lengthy reflection on this issue which took into account the principles established by the House of Lords, in the nineteenth century, in *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718, and the recommendations of the Archambault Commission in 1938, the Fauteux Committee in 1956, the Ouimet Committee in 1969, and the Law Reform Commission of Canada in 1976. The key to these amendments, however, was this Court's decision in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

16 Section 672.21 of the *Code* deals specifically with protected statements made by an accused during the assessment of his or her mental capacity and sets out the general principle that they are inadmissible in evidence at trial. Subsection (3) recognizes several exceptions to this principle,

par [l'intimé] aux policiers, l'avocat de [l'intimé] ait voulu que ces aveux soient néanmoins retenus contre son client, par le biais du rapport du Dr Wolwertz: le consentement à la production du rapport ne peut donc avoir cet effet.

#### V. Les questions en litige

Le 12 février 1998, notre Cour accordait à l'appelante l'autorisation de se pourvoir contre le jugement de la Cour d'appel du Québec sur la question suivante:

La Cour d'appel a-t-elle erré en droit en décidant à l'unanimité que le juge de première instance a commis une erreur de droit en interprétant l'article 672.21(3)(f) du *Code criminel* comme lui permettant d'utiliser contre l'intimé sa «déclaration protégée»?

L'appelante formule également la question suivante:

Une «déclaration protégée» peut-elle être utilisée selon les fins prescrites par la loi si elle a été obtenue en faisant usage d'une preuve, en l'occurrence une déclaration extrajudiciaire, jugée inadmissible ultérieurement?

#### VI. L'analyse

La partie XX.1 du *Code criminel* est le résultat d'une refonte de tous les principes du droit pénal concernant les personnes atteintes de troubles mentaux. Cette refonte est survenue en février 1992, à la suite de nombreuses consultations et d'une longue réflexion sur la question qui a pris en compte les principes établis par l'affaire *M'Naghten* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718, de la Chambre des lords au XIX<sup>e</sup> siècle, les recommandations de la Commission Archambault en 1938, du Comité Fauteux en 1956, du Comité Ouimet en 1969, et de la Commission de réforme du droit du Canada en 1976. L'élément clé de ces modifications fut cependant la décision de notre Cour dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

L'article 672.21 du *Code* traite spécifiquement des déclarations protégées faites par un accusé lors de l'évaluation de sa capacité mentale et consacre le principe général de leur inadmissibilité en preuve lors du procès. Le paragraphe (3) reconnaît cependant diverses exceptions au principe, en

however, in particular in para. (f), which provides for admissibility to challenge the credibility of the accused where his or her testimony is inconsistent with the protected statement.

#### A. *The Nature of the “Protected Statement”*

In order to determine whether s. 672.21(3)(f) permitted the use at trial of the admission made by the accused to Dr. Wolwertz in the case at bar, we must first examine the contents of the statement. In view of its importance, I shall reproduce in full the passage from the psychiatrist’s report that gave rise to the controversy:

[TRANSLATION] When he was confronted with the statement made to the police, he said to us: “Since I didn’t know what to say, I told a story and since it was the first time I had dealings with the police, I was a bit uncomfortable since it is because of my aunt . . .”. When he was asked why [D.C.] or his aunt . . . would have spoken to the police, he gave me the following answer: “I don’t know why they are doing that, it may be that my aunt is angry with me because I let them down even though I was always with them, I helped them, I always looked after [D.]!” and added: “I don’t know why they are doing that when we were always good friends . . . I said what I did because I was uncomfortable, I was afraid!”. He later added: “Someone who hadn’t done that would find it hard to talk about it in detail and I said it like it was!”. He is also aware that what he is alleged to have done is wrong because he said: “I know that assaulting a child, that it’s not done and that it can have serious consequences. If I am found guilty, I can be sent to prison . . . but I regret having said that!”. When I went over the details of his statement with him and pointed out that it explains fairly well what happened between him and [D.C.], he replied: “Yes, I know”, and hastened to add “maybe the police misunderstood!”.

However, it was especially when I compared his statement with that of [D.C.] and showed him that there were remarks or phrases which were similar that he expressed astonishment, immediately searching for a way out, and said: “I made up a story. . . . It’s as if [C.] had copied my story.” But finally, when faced with the evidence that [D.C.]’s statement was made before his, he was confounded and caught off guard, he said to me: “Now that doesn’t make sense. I’ve just learned something. The story I made up, it’s the same.” He then became very tense, worried: “I was nervous when I spoke to the police and I didn’t know what to say.”

particulier à l’al. f), où l’admissibilité est prévue pour mettre en doute la crédibilité de l’accusé lorsqu’il rend un témoignage contredisant sa déclaration protégée.

#### A. *La nature de la «déclaration protégée»*

Afin de déterminer si l’al. 672.21(3)f permettait en l’espèce d’utiliser au procès l’aveu fait par l’accusé au Dr Wolwertz, il convient d’abord d’examiner le contenu de la déclaration. Vu son importance, je reproduis intégralement l’extrait du rapport du psychiatre qui a donné naissance à la controverse:

Confronté à la déclaration faite aux policiers, il nous dit: «comme je ne savais pas quoi dire, j’ai dit une histoire et comme c’était la première fois que j’avais affaire avec la police, j’étais un peu mal à l’aise car c’est à cause de ma tante . . .». Questionné pourquoi [D.C.] ou sa tante [. . .] auraient fait des commentaires aux policiers, il me fournit la réponse suivante: «je ne sais pas pourquoi ils font ça, c’est peut-être que ma tante m’en veut parce que je les ai laissé tomber alors que j’ai toujours été avec eux, que je leur ai donné un coup de main, que je me suis toujours occupé de [D.]!» et d’ajouter: «je ne sais pas pourquoi ils font ça alors qu’on a toujours été de bons amis . . . j’ai dit ça comme ça parce que j’étais mal à l’aise, j’avais peur!». Il ajoutera encore plus loin: «quelqu’un qui n’aurait pas fait ça aurait de la difficulté à raconter ça en détails et j’ai dit ça comme tel!». Il est d’ailleurs conscient que ce qui lui est reproché est répréhensible car il nous dit «je sais qu’agresser un enfant, ça ne se fait pas et que ça peut aller loin. Si je suis reconnu coupable, je peux être envoyé en prison . . . mais je regrette d’avoir dit ça!». Reprenant avec lui les détails fournis dans sa déclaration et lui signifiant que ça explique assez bien ce qui se passait entre lui et [D.C.], il nous répond alors: «Oui, je le sais» et s’empressant d’ajouter «les policiers ont peut-être mal compris!».

Mais c’est surtout quand je compare sa déclaration à celle de [D.C.] et que je lui indique que des propos, des phrases sont similaires, qu’il exprime sa stupéfaction cherchant aussitôt une issue quand il dit: «j’ai inventé une histoire . . . c’est comme si [C.] avait copié mon histoire». Mais finalement, mis devant l’évidence que la déclaration de [D.C.] est antérieure à la sienne, il est désarçonné et pris de court et me dit: «là, ça ne marche pas l’affaire, je viens d’apprendre quelque chose, l’histoire que j’ai inventée c’est la même affaire!». Et il devient alors très tendu, inquiet: «j’étais énervé quand j’ai parlé aux policiers et je ne savais pas quoi dire!»

Then I asked him the following question: "Were you so nervous with the police that you told the truth?". That was when he agreed, answering in the affirmative.

Et alors que je lui pose la question suivante: «Tu étais tellement énervé devant les policiers que tu as dit l'histoire vraie?». C'est alors qu'il acquiesce répondant par l'affirmative.

18 There is no doubt, and no one disputes, that the admission made to the psychiatrist is indeed a protected statement within the meaning of s. 672.21 of the *Code*. The respondent submits, however, that it is a statement derived from a prior inadmissible statement, which would make it inadmissible.

Il ne fait pas de doute, et personne ne conteste, que l'aveu fait au psychiatre constitue bel et bien une déclaration protégée au sens de l'art. 672.21 du *Code*. L'intimé soutient toutefois qu'il s'agit d'une déclaration dérivée d'une déclaration inadmissible antérieure, ce qui la rendrait inadmissible.

19 With respect to that first statement, it is not clear, from reading Judge Lamoureux's reasons, whether he found that the accused was unable to understand the police officers' caution, in which case the statement was indeed inadmissible, or whether he was of the view that the accused was able to understand the meaning of the statement, but unable to grasp the full seriousness of its consequences. If the trial judge arrived at the latter conclusion, then there is every reason to believe that the first confession should have been admitted, and its weight left to be assessed by him as trier of the facts. That can be seen from *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, at pp. 941 and 947, concerning the "operating mind" test for confessions:

Au sujet de cette première déclaration, il n'est pas clair, à la lecture des motifs du juge Lamoureux, que celui-ci a conclu que l'accusé n'était même pas en mesure de comprendre la mise en garde des policiers, auquel cas la déclaration était effectivement inadmissible, ou qu'il était d'avis que l'accusé était en mesure de comprendre le sens de la déclaration, mais qu'il n'était pas apte à saisir toute la gravité des conséquences de celle-ci. Si c'est à cette seconde conclusion que le juge du procès est parvenu, il y a tout lieu de croire que la première confession aurait dû être admise et que sa valeur probante devait être laissée à son appréciation en qualité de juge des faits. C'est ce que nous enseigne l'arrêt *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, aux pp. 941 et 947, sur le critère de «l'état d'esprit conscient» en matière de confessions:

The operating mind test, which is an aspect of the confessions rule, includes a limited mental component which requires that the accused have sufficient cognitive capacity to understand what he or she is saying and what is said. This includes the ability to understand a caution that the evidence can be used against the accused.

Le critère de l'état d'esprit conscient, qui est une facette de la règle des confessions, comporte un élément psychologique limité selon lequel l'accusé doit avoir une capacité cognitive suffisante pour comprendre ce qu'il dit et ce qui est dit. Cela inclut la capacité de comprendre une mise en garde selon laquelle la déposition pourra être utilisée contre l'accusé.

In exercising the right . . . the accused must possess the limited cognitive capacity that is required for fitness to stand trial. . . .

En exerçant son droit [. . .] l'accusé doit avoir la capacité cognitive limitée qui est nécessaire pour être apte à subir son procès. . . .

The decision by the trial judge to exclude the statements was on an erroneous view that the evidence which he accepted did not satisfy a separate awareness of the consequences test. [Emphasis added.]

La décision du juge du procès d'exclure les déclarations se fondait sur l'opinion erronée que la preuve qu'il avait acceptée ne satisfaisait pas à un critère distinct de la conscience des conséquences.

As that issue is not before the Court, and the Court is not in a position to decide it, I must proceed with my analysis on the basis that the first confession was in fact inadmissible. The question is important, however, and the trial judge will have to re-examine it should there be a new trial.

The leading case on the question of the common law “derived confessions rule” is *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, in which this Court, *inter alia*, set out the test for evaluating the degree of connection between the statements, in order to determine when the second statement must be excluded. According to that decision, the second statement must be excluded when it arose out of the first or when they are one and the same. Speaking for the Court, Sopinka J. summarized the state of the authorities on the issue, at p. 526:

Under the rules relating to confessions at common law, the admissibility of a confession which had been preceded by an involuntary confession involved a factual determination based on factors designed to ascertain the degree of connection between the two statements. These included the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning, the discovery of additional incriminating evidence subsequent to the first statement, the presence of the same police officers at both interrogations and other similarities between the two circumstances. See *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; and *Hobbins v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 553. No general rule excluded subsequent statements on the ground that they were tainted irrespective of the degree of connection to the initial admissible statement. In this regard I adopt the language of Laskin C.J. in *Hobbins*, *supra*, at p. 558, when he states:

There can be no hard and fast rule that merely because a prior statement is ruled inadmissible a second statement taken by the same interrogating officers must be equally vulnerable. Factual considerations must govern, including similarity of circumstances and of police conduct and the lapse of time between the obtaining of the two statements. [Emphasis added.]

La Cour n’ayant pas été saisie de cette question et n’ayant pas les moyens de la trancher, il me faut poursuivre l’analyse en tenant pour acquis que la première confession était de fait inadmissible. La question est néanmoins importante et il sera nécessaire qu’un juge de première instance la réexamine lors d’un éventuel nouveau procès.

L’arrêt principal sur la question de la «règle des confessions dérivées» en common law est *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, où notre Cour a notamment établi les critères permettant d’évaluer la connexité des déclarations, afin de déterminer quand la seconde doit être exclue. Selon cet arrêt, la deuxième déclaration doit être exclue lorsqu’elle est issue de la première ou qu’elle ne fait qu’un avec elle. Le juge Sopinka, pour la Cour, résume l’état de la jurisprudence sur la question (à la p. 526):

Selon les règles de common law relatives aux confessions, la détermination de l’admissibilité d’une confession précédée d’une confession involontaire comportait une décision factuelle fondée sur des facteurs destinés à établir le degré de connexité entre les deux déclarations. Ces facteurs comprenaient le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l’interrogatoire, la découverte d’une preuve incriminante supplémentaire après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires et d’autres similarités entre les deux cas. Voir *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, et *Hobbins c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 553. Aucune règle générale n’excluait les déclarations subséquentes pour le motif qu’elles étaient entachées d’un vice indépendamment de leur degré de connexité avec la déclaration initiale admissible. À cet égard, j’adopte les propos suivants que tient le juge en chef Laskin, à la p. 558 de l’arrêt *Hobbins*, précité:

Il ne peut y avoir de règle absolue selon laquelle, simplement parce qu’on a jugé irrecevable une déclaration antérieure, une seconde déclaration recueillie par les mêmes policiers doit, elle aussi, être irrecevable. Ce sont les faits, y compris la similitude des circonstances et des procédés employés par la police ainsi que le laps de temps entre les deux déclarations, qui doivent être déterminants. [Je souligne.]

Sopinka J. then concluded his discussion of the derived confessions rule by stating:

In applying these factors, a subsequent confession would be involuntary if either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or if the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement.

22

In my view, it is not necessary here to analyse *I. (L.R.) and T. (E.)*, where Sopinka J. was dealing with a situation in which two confessions are made to persons in authority. It is sufficient to retain from it that the derived confessions rule applies where there is a sufficient connection between the two statements. This follows from the rationale for the rule. The Quebec Court of Appeal cited *Monette v. The Queen*, [1956] S.C.R. 400, in this regard, where the Court said of an inadmissible statement: "nothing more ought to be heard of it". The second statement is inadmissible because the first confession contaminated it. Therefore, it is not necessary to decide whether the second statement is a confession made to a person in authority in the present case. This interpretation also meets the requirements of the *Charter*, which entrenched certain aspects of the confessions rule in s. 7. A confession found to be inadmissible could not be introduced indirectly without affecting the right to silence and the principle against self-incrimination, which is what we would be doing by admitting a statement that was "contaminated" by an inadmissible confession.

23

Sopinka J. states clearly that the continued presence of the tainting features or the substantial contribution of the first statement to the making of the second may establish that the second statement was derived from the first. While that is true in the clearest cases, it will generally be easier to establish this when both conditions are present to some extent. Ultimately, what matters is that the court is satisfied that the degree of connection between the

Le juge Sopinka conclut ensuite son exposé sur la règle des confessions dérivées en disant:

Si on applique ces facteurs, une confession subséquente serait involontaire si les\* caractéristiques ayant vicié la première confession existaient toujours ou si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration.

À mon avis, il n'est pas nécessaire d'analyser ici l'arrêt *I. (L.R.) et T. (E.)* où le juge Sopinka traite d'une situation où deux confessions sont faites à des personnes en autorité. Il suffit de retenir de cet arrêt que la règle des confessions dérivées s'applique lorsqu'il y a connexité des deux déclarations. Ceci découle de la raison d'être de la règle. La Cour d'appel du Québec cite à ce sujet l'arrêt *Monette c. The Queen*, [1956] R.C.S. 400, où la Cour dit d'une déclaration irrecevable: «*nothing more ought to be heard of it*», c.-à-d. [TRADUCTION] «il n'en sera plus question». C'est en raison de la contamination qui existe entre la première confession et la seconde déclaration que cette dernière est inadmissible. Par conséquent, il n'y a pas lieu de décider si la deuxième déclaration est une confession faite à une personne en autorité en l'espèce. Cette interprétation est aussi conforme aux exigences de la *Charte* qui a constitutionnalisé certains éléments de la règle des confessions, à l'art. 7. Une confession jugée inadmissible ne saurait être introduite en preuve indirectement sans mettre en cause le droit au silence et le principe interdisant l'auto-incrimination, ce que l'on se trouverait à faire en admettant une déclaration «contaminée» par une confession inadmissible.

Le juge Sopinka indique clairement que la persistance des facteurs viciateurs ou l'importance de la première confession dans l'obtention de la seconde peuvent en établir le caractère dérivé. Bien que cela soit vrai dans les cas les plus clairs, il sera généralement plus facile d'établir ce caractère lorsque les deux conditions seront présentes dans une certaine mesure. En définitive, ce qui importe c'est que le tribunal soit convaincu que la

\* L'erreur dans la traduction du texte cité a été corrigée.

two statements is sufficient for the second to have been contaminated by the first.

In the case at bar, the admission made to Dr. Wolwertz resulted directly from the confrontation of the accused with his previous statement. No additional information which was not already included in the inadmissible prior statement was obtained during the meeting; the second admission is merely an assertion of the truth of the first statement. It is interesting to note in this regard that at common law, an admission by an accused during a *voir dire* confirming the truth of a prior confession is inadmissible at trial: *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926. As the respondent states, Dr. Wolwertz in fact cross-examined the accused on his first statement.

Given that the second statement in the case at bar exists only because of the first, it is unnecessary to consider here whether the factors for exclusion continued to exist, although it might be helpful to make a brief comment in this regard. Subject to the doubts expressed in paras. 19 and 20, the confession made to the police was declared inadmissible by Judge Lamoureux apparently for two reasons: the first was the doubt as to the accused's ability to understand the legal consequences of his statement; the second was the unreliability of the accused's answers when he was in an anxiety-producing situation. It seems that these two factors were still present to some extent when the admission was made to Dr. Wolwertz. An interview conducted by a psychiatrist pursuant to an order under s. 672.11 of the *Criminal Code* certainly gives rise to an anxiety-producing situation. Confirmation of the truth of the previous admission was therefore no more reliable than the admission itself. There is also no reason to conclude that the respondent was better able to understand the legal consequences of his statement to Dr. Wolwertz than those of his confession to the police. On the contrary, an accused is generally somewhat mistrustful of the police, whereas he might be less mistrustful as to

connexité entre les deux déclarations est suffisante pour que la seconde ait été contaminée par la première.

En l'espèce, l'aveu fait au Dr Wolwertz résulte directement de la confrontation de l'accusé avec sa déclaration antérieure. Aucune information supplémentaire n'a été obtenue lors de l'entretien qui n'était déjà contenue dans la déclaration antérieure inadmissible; le dernier aveu n'est qu'une confirmation de la véracité de la première déclaration. Il est intéressant de souligner à cet égard qu'en vertu de la common law, l'aveu d'un accusé confirmant la véracité d'une confession antérieure lors d'un voir-dire est inadmissible au procès: *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926. Comme l'affirme l'intimé, le Dr Wolwertz a ni plus ni moins contre-interrogé l'accusé sur sa première déclaration.

En raison du fait que la seconde déclaration n'existe en l'espèce qu'en vertu de la première, il n'est pas nécessaire de s'attarder ici à la persistance des facteurs d'exclusion, quoiqu'il puisse être utile de faire un bref commentaire à ce sujet. Sous réserve des doutes exprimés aux par. 19 et 20, la confession faite aux policiers a été déclarée irrecevable par le juge Lamoureux, apparemment pour deux raisons: la première, c'est le doute quant à la capacité de l'accusé de comprendre les conséquences légales de sa déclaration; la seconde, c'est le manque de fiabilité des réponses de l'accusé lorsqu'il se trouve dans une situation anxiogène. Or il semble que ces deux facteurs étaient toujours présents dans une certaine mesure lors de l'aveu fait au Dr Wolwertz. Il est certain qu'une entrevue menée par un psychiatre suivant une ordonnance rendue en vertu de l'art. 672.11 du *Code criminel* donne lieu à une situation anxiogène. La confirmation de la véracité de l'aveu antérieur n'était donc pas plus fiable que l'aveu lui-même. Ensuite, il n'y a aucune raison de conclure que l'intimé était plus à même de réaliser les conséquences légales de sa déclaration au Dr Wolwertz que celles découlant de sa confession faite aux policiers. Bien au contraire, un accusé conserve généralement une certaine méfiance devant les autorités policières alors qu'il peut être moins méfiant quant à l'usage éventuel des déclarations qu'il peut faire devant un psychia-

24

25

the possible use of any statements he may make to a psychiatrist who is assessing his mental capacity.

26 It matters little that the declaration of inadmissibility was made after Dr. Wolwertz had used the original confession. This confession did not become inadmissible at that moment; it was inadmissible as soon as it was made. Knowledge of this inadmissibility by the person who obtains the second confession is not relevant. The second confession is inadmissible because it was derived from the first, not because it was used in bad faith by the person conducting the examination.

27 Since s. 672.21(3)(f) of the *Code* makes the protected statement admissible for the purpose of challenging the credibility of the accused, there is an apparent conflict here between two rules. To resolve the matter properly, we must first examine the scope of the exclusion of evidence under the confessions rule.

#### B. *The Scope of the Confessions Rule*

28 The principles which govern the admissibility of a statement made by an accused to a person in authority are essential to the integrity of the judicial process. As Sopinka J. stated in *Whittle, supra*, at p. 931:

While the confession rule and the right to silence originate in the common law, as principles of fundamental justice they have acquired constitutional status under s. 7 of the *Charter*.

29 As the exception in s. 672.21(3)(f) allows a statement to be used solely to challenge an accused's credibility, and not as proof of its contents, it is important to know whether, notwithstanding the confessions rule, it is possible to use a statement whose voluntariness has not been established for this purpose. That is the first step, before arriving at the question of using a statement found to be inadmissible in order to challenge the credibility of an accused.

tre qui procède à l'évaluation de sa capacité mentale.

Il importe peu que la déclaration d'inadmissibilité ait été subséquente à l'utilisation par le Dr Wolwertz de la confession originale. Cette confession n'est pas devenue inadmissible à ce moment; elle l'était dès qu'elle fut prononcée. La connaissance de cette inadmissibilité par celui qui obtient la seconde confession n'est pas pertinente. C'est parce qu'elle est dérivée de la première confession que la deuxième est inadmissible. Ce n'est pas en raison de son utilisation de mauvaise foi par la personne procédant à l'interrogatoire.

Puisque l'al. 672.21(3)(f) du *Code* rend la déclaration protégée admissible afin de mettre en doute la crédibilité de l'accusé, il y a ici un conflit apparent entre deux règles. Pour en juger correctement, il faut d'abord examiner la portée de l'exclusion d'une preuve en vertu de la règle des confessions.

#### B. *La portée de la règle des confessions*

Les principes qui régissent l'admissibilité en preuve d'une déclaration faite par un accusé à une personne en autorité sont des éléments essentiels à l'intégrité du processus judiciaire. Comme le souligne le juge Sopinka dans l'arrêt *Whittle*, précité, aux pp. 931 et 932:

Bien que la règle des confessions et le droit de garder le silence aient leur origine dans la common law, ils sont, à titre de principes de justice fondamentale, constitutionnalisés à l'art. 7 de la *Charte*.

Puisque l'exception inscrite à l'al. 672.21(3)(f) permet uniquement d'utiliser une déclaration afin de mettre en doute la crédibilité d'un accusé, et non de faire la preuve de son contenu, il importe de savoir si, nonobstant la règle des confessions, il est possible d'utiliser une déclaration dont le caractère volontaire n'a pas été établi à cette fin. C'est la première étape avant d'arriver à la question de l'utilisation d'une déclaration jugée inadmissible afin de mettre en doute la crédibilité d'un accusé.

This question has been examined by Canadian courts on a number of occasions, and in particular by this Court in *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120, as early as 1954. In that case, the Crown had sought to cross-examine the accused on a statement he had made to the police, without a *voir dire* being held, to establish its voluntariness. With regard to this practice, Estey J. stated at p. 134:

A cross-examination upon such a statement, by the great weight of authority in our provincial courts, as well as in the court of criminal appeal in England, has been condemned.

His colleague, Fauteux J., dealt specifically with the issue of credibility as follows at p. 147:

[TRANSLATION] Moreover, did the Crown not seek to justify the introduction of this evidence in the record both at trial and in this Court merely through the provisions of sections 10 and 11 of the *Evidence Act*, which permit the credibility of witnesses to be challenged by cross-examining them on their prior statements which are inconsistent with their testimony. The issue of whether, during the cross-examination of an accused heard as a witness, the Crown may refer to statements made by him or her to the police, before it is determined whether the statements were made freely and voluntarily, has been considered in several cases. My colleague Cartwright J. referred to these decisions in his reasons and, like him, I am of the view that in the instant case, the Crown cannot further justify the position it has taken at trial and before this Court on this basis. The tendering of this evidence was therefore completely unlawful such that in my view it would have warranted, if not required, the declaration of a mistrial.

More recently, this Court again dealt with the issue, although incidentally, in *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660. In that case Sopinka J. considered the admissibility of evidence under s. 24(2) of the *Charter*, drawing an analogy with the confessions rule. He put the question with regard to an involuntary confession, at para. 26:

Is the distinction between use of a statement for all purposes rather than for the limited purpose of impeaching credibility a valid one in the application of s. 24(2)? The respondent draws an analogy with the practice relat-

Cette question a été examinée plusieurs fois par les tribunaux canadiens et en particulier par notre Cour, dès 1954, dans l'arrêt *Hebert c. The Queen*, [1955] R.C.S. 120. Dans cette affaire, le ministère public avait tenté de contre-interroger l'accusé sur une déclaration qu'il avait faite à la police, sans qu'il y ait eu de voir-dire au préalable, pour en établir le caractère volontaire. Le juge Estey, à la p. 134, affirme à propos de cette pratique:

[TRADUCTION] La tenue d'un contre-interrogatoire à l'égard d'une telle déclaration a été condamnée par la vaste majorité de nos cours provinciales ainsi que par la Cour d'appel en matière criminelle d'Angleterre.

Son collègue le juge Fauteux traite spécifiquement de la question de la crédibilité en ces termes, à la p. 147:

Aussi bien, la Couronne, au procès comme devant cette Cour, n'a-t-elle cherché à justifier l'introduction de cette preuve au dossier que par les dispositions des articles 10 et 11 de la *Loi de la preuve*, lesquelles autorisent d'attaquer la crédibilité d'un témoin en le contre-interrogeant sur ses déclarations antérieures incompatibles avec son témoignage. Le point de savoir si dans le contre-interrogatoire d'un accusé entendu comme témoin, il est loisible à la Couronne de référer à des déclarations faites par lui à la police alors que le caractère libre et volontaire de ces déclarations n'a pas été décidé, a été considéré dans plusieurs causes. Dans ses notes, mon collègue le Juge Cartwright réfère à ces décisions et, comme lui, je suis d'opinion que la Couronne ne peut davantage, sur cette base, justifier, en l'espèce, la position prise par elle au procès et devant cette Cour. L'introduction de cette preuve était donc totalement illégale et d'une illégalité qui, je crois, aurait justifié, sinon commandé, la mise à fin du procès comme *mistrial*.

Plus récemment, notre Cour s'est à nouveau penchée sur la question, quoique accessoirement, dans l'arrêt *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660. Le juge Sopinka y examine l'admissibilité d'une preuve au regard du par. 24(2) de la *Charte*, par analogie avec la règle des confessions. Il s'interroge cette fois sur la confession involontaire, au par. 26:

La distinction entre l'utilisation d'une déclaration à des fins générales et son utilisation à seule fin de mettre en doute la crédibilité est-elle valide dans l'application du par. 24(2)? L'intimé fait valoir par analogie la règle

ing to confessions. An involuntary confession could not be used for any purpose. [Emphasis added.]

Citing *Monette, supra*, he added, at para. 26:

The authority of this case has not been questioned. Moreover, it is acknowledged by the appellant that involuntary statements may not be used by the Crown for any purpose. [Emphasis added.]

des confessions. On ne peut utiliser à quelque fin que ce soit une confession involontaire. [Je souligne.]

Citant *Monette*, précité, il ajoute, au par. 26:

La valeur jurisprudentielle de cet arrêt n'a pas été mise en doute. Qui plus est, l'appelante reconnaît que le ministère public ne peut faire aucun usage d'une déclaration involontaire. [Je souligne.]

32 I do not believe that there can now be any doubt about the state of the law on this issue in Canada. Although it is possible, in certain circumstances, to distinguish between the use of evidence to challenge the credibility of an accused and its use on the merits, that is not the case with the confessions rule. The voluntariness of a statement, unlike the effect of evidence on the administration of justice, which may theoretically depend on the use made of it, is established only on the basis of the circumstances at the time the statement was made. A confession cannot suddenly become voluntary at the time of cross-examination.

Je ne crois pas qu'il soit possible aujourd'hui d'entretenir quelque doute quant à l'état du droit au Canada sur la question. S'il est possible, dans certaines circonstances, de faire la distinction entre l'utilisation d'une preuve dans le but de mettre en doute la crédibilité d'un accusé et son utilisation au fond, ce n'est pas le cas en ce qui concerne la règle des confessions. Le caractère volontaire d'une déclaration, contrairement à l'effet d'une preuve sur l'administration de la justice, qui peut théoriquement dépendre de l'utilisation que l'on en fait, n'est établi qu'en fonction des circonstances qui existaient au moment où la déclaration a été faite. Une confession ne saurait devenir soudainement volontaire, au moment du contre-interrogatoire.

33 To reintroduce an involuntary statement in this way would run counter to the most fundamental aspect of trial fairness. In many cases, as here, the guilt of the accused will depend solely on his or her credibility and on that of the other witnesses. To allow the statement to be used, even for the limited purpose of undermining the credibility of the accused, could lead to abuse and serious injustice. That is why the traditional rule, which is still in force in Canadian law, must be interpreted in such a way that no use may be made of an inadmissible statement at any stage whatsoever of the trial.

Réintroduire en preuve par ce moyen une déclaration involontaire irait à l'encontre de l'équité la plus élémentaire du procès. Dans bien des cas, comme en l'espèce, la culpabilité de l'accusé dépendra uniquement de sa crédibilité et de celle des autres témoins. Permettre l'utilisation de la déclaration, même à seules fins de miner la crédibilité de l'accusé, pourrait mener à des abus et à de graves injustices. C'est pourquoi la règle traditionnelle, qui est toujours en vigueur dans notre droit, doit être interprétée de façon à ce qu'il ne puisse être fait aucun usage d'une déclaration inadmissible à quelque étape du procès que ce soit.

34 This principle must not be confused with the rule applicable to witnesses, which allows a prior inconsistent statement to be introduced in cross-examination only to impeach the credibility of a witness (see in this regard *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740), or with the rule concerning s. 13 of the *Charter*, which also permits the cross-examination of accused persons on their prior testimony, but only to challenge their credibility (see *Kuldip, supra*). There may also be an exception in the case

Il ne faut pas confondre ce principe avec la règle applicable aux témoins qui permet d'introduire en contre-interrogatoire une déclaration antérieure incompatible pour mettre en doute la crédibilité du témoin seulement (voir à ce sujet l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740), ni avec celle portant sur l'art. 13 de la *Charte*, qui permet également de contre-interroger un accusé sur son témoignage antérieur afin de mettre en doute sa crédibilité seulement (voir *Kuldip*, précité). Il se peut qu'il

of the cross-examination of a co-accused (see *R. v. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533 (B.C.C.A.)).

In the instant case, the confessions rule excludes the protected statement because it is derived from the prior inadmissible confession. We must, however, examine s. 672.21 of the *Code* to determine whether there is a real conflict between this provision and the confessions rule, or whether it is possible to reconcile them.

C. *Interpretation of Section 672.21(3)(f) of the Criminal Code*

A statutory provision such as s. 672.21 of the *Criminal Code* cannot be interpreted in a contextual vacuum. As I mentioned earlier, this section is the result of a lengthy consultation process and of the slow evolution of the law respecting criminal liability where the accused suffers from a mental disorder.

The object of this provision is to provide a guarantee of confidentiality to accused persons in order to facilitate the assessment of their mental capacity. Parliament was also concerned with respect for the essential principle of every criminal trial — the search for truth. The parliamentary history is instructive in this regard. In fact, it is settled that when courts are called upon to consider the constitutionality of an enactment, they may take into account the parliamentary history, which is generally not the case for the ordinary interpretation of an enactment. As Professor P.-A. Côté states in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 363:

The parliamentary history of the enactments whose constitutionality is being challenged may also be consulted, not with a view to interpreting the enactments, but in order to appreciate their validity, either from the standpoint of the division of powers, or of the *Charter of Rights and Freedoms*.

The same is true when the issue is whether the interpretation of a given enactment is consistent with the values of the *Charter*.

existe aussi une exception dans le cas du contre-interrogatoire d'un coaccusé (voir *R. c. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533 (C.A.C.-B.)).

En l'espèce, la règle des confessions prévoit l'exclusion de la déclaration protégée parce qu'elle est dérivée de la confession inadmissible antérieure. Il nous faut cependant aussi examiner l'art. 672.21 du *Code* afin de voir s'il y a un réel conflit entre cette disposition et la règle des confessions, ou s'il est possible de les harmoniser.

C. *L'interprétation de l'al. 672.21(3)f) du Code criminel*

L'interprétation d'une disposition législative telle que l'art. 672.21 du *Code criminel* ne saurait se faire dans un vide contextuel. Comme je l'ai déjà mentionné, cet article est le résultat d'un long processus consultatif et de la lente évolution du droit en matière de responsabilité criminelle dans le cas d'accusés souffrant de troubles mentaux.

Le but de cette disposition est d'offrir une garantie de confidentialité aux accusés afin de faciliter l'évaluation de leur capacité mentale. Le législateur était également préoccupé par le respect du principe primordial de tout procès criminel: la recherche de la vérité. Les travaux préparatoires sont d'ailleurs éloquents sur ce point. Lorsque les tribunaux sont appelés à évaluer la constitutionnalité d'une loi, il est en effet bien établi qu'ils peuvent se référer aux travaux préparatoires, contrairement à ce qui est généralement le cas pour la simple interprétation d'une loi. Comme l'indique le professeur P.-A. Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 414:

Les travaux préparatoires des textes dont la constitutionnalité est contestée peuvent également être consultés, non pas en vue d'interpréter les textes, mais afin d'en apprécier la validité, soit au regard des règles du partage des compétences, soit en rapport avec la Charte des droits.

Il en va de même lorsqu'il s'agit d'examiner si une interprétation de la législation donnée est en harmonie avec les valeurs de la *Charte*.

35

36

37

38

In a speech in the House of Commons on October 4, 1991 (during second reading of the bill), the then Minister of Justice, the Honourable Kim Campbell, identified the interests the legislation was seeking to reconcile. She said:

At present there is a risk that incriminating statements made to a doctor during a court-ordered psychiatric assessment may be used as evidence against the accused. As a result, many defence counsels advise their clients to refuse to answer questions during such assessment. This deprives the doctor of a very important source of information about the accused and undermines the effectiveness of the court order.

At the same time, concern has been expressed by prosecutors that completely prohibiting the use of this evidence would deprive the court of important information needed to learn the truth about the accused and the offence.

(*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd sess., 34th Parl., at p. 3296.)

Parliament thus sought a balance between the need to learn the truth and the protection of accused persons ordered to undergo an assessment of their mental capacity.

39

The appellant maintains that there is no reason to take the interpretation any further. The wording of s. 672.21(3)(f) clearly allows a protected statement to be used to challenge the credibility of an accused, and that is what the Crown has done in this case. According to the appellant, if Parliament had wished the admissibility of this statement to be subject to the rules of evidence applicable to criminal matters, it would certainly have said so. This argument cannot succeed. While the presumption against adding or deleting terms in interpreting legislation is certainly a long-established principle at common law (see *Thompson v. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409 (H.L.), at p. 420), it is not the only principle to be considered.

40

First, the principle that legislation that overrides the common law must be strictly interpreted prevailed for a long time in Canada. Under this principle, it would have to be concluded that s. 672.21

Lors d'une allocution prononcée le 4 octobre 1991 (en deuxième lecture du projet de loi) à la Chambre des communes, la ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Kim Campbell, a indiqué quels intérêts la loi cherchait à concilier. Elle affirme:

À l'heure actuelle, il y a un risque que des déclarations compromettantes faites à un médecin pendant une évaluation psychiatrique ordonnée par un tribunal soient utilisées comme preuves contre l'accusé. Par conséquent, nombre d'avocats de la défense conseillent à leurs clients de refuser de répondre aux questions pendant une telle évaluation, ce qui prive le médecin d'une très importante source de renseignements sur l'accusé et nuit à l'efficacité de l'ordonnance du tribunal.

En outre, les avocats du ministère public disent s'inquiéter du fait que l'interdiction complète du recours à ce genre de preuve priverait le tribunal de renseignements importants qui pourraient contribuer à faire toute la lumière sur l'accusé et le délit.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., à la p. 3296.)

C'est donc un équilibre entre la recherche de la vérité et la protection des accusés soumis à une évaluation de leur capacité mentale que cherchait à atteindre le législateur.

L'appelante soutient qu'il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation plus poussée. Le texte de l'al. 672.21(3)f) permet clairement d'utiliser une déclaration protégée pour attaquer la crédibilité d'un accusé et c'est ce que le procureur du ministère public a fait en l'espèce. Selon l'appelante, si le législateur avait voulu que l'admissibilité de cette déclaration soit soumise aux règles de preuve en matière criminelle, il l'aurait certainement précisé. Or ce raisonnement ne saurait prévaloir. La présomption contre l'addition ou la suppression de termes dans l'interprétation d'une loi est certes un principe reconnu depuis fort longtemps en common law (voir *Thompson c. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409 (H.L.), à la p. 420), mais il ne s'agit pas de l'unique principe à considérer.

En premier lieu, le principe voulant qu'il faille interpréter restrictivement les lois dérogatoires au droit commun a longtemps prévalu au Canada. Selon ce principe, il faudrait considérer que

does not in any way proscribe the use of the common law rules of evidence since it does not expressly provide for this. The application of this rule is not, however, conclusive.

Second, the rule *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*, derived from the purposive method, which was adopted by this Court to interpret the Charter in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, also supports a strict construction of the exception in s. 672.21(3)(f). According to this rule:

General words, however broad, in the absence of compelling reasons to the contrary, must be limited to the objects of the Act.

(See *Motel Pierre Inc. v. Cité de Saint-Laurent*, [1967] Que. Q.B. 239, at p. 240.)

The object of the legislation in this case is to strike a balance between ascertaining the truth and facilitating an effective psychiatric assessment. This balance would be difficult to achieve if the rules of evidence which provide for the exclusion of otherwise inadmissible evidence were set aside. If the exception does in fact allow previously excluded evidence to be reintroduced indirectly, accused persons will refuse to answer some of their psychiatrist's questions for fear this evidence may be reintroduced at trial. The *cessante ratione legis* rule thus stands in opposition to the appellant's interpretation since that interpretation is contrary to one of the objects of the Act.

The conclusive argument, however, is the presumption of validity. That principle was recognized by this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and has been applied on numerous occasions since. Lamer J. (as he then was) described it as follows, at p. 1078:

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the Charter, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the Charter and hence of no force or effect.

l'art. 672.21 n'abolit en rien l'usage des règles de common law en matière de preuve, puisque le texte ne le précise pas explicitement. L'application de cette règle n'est cependant pas déterminante.

Deuxièmement, la règle *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*, issue de la méthode téléologique et adoptée par cette Cour pour l'interprétation de la Charte dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, favorise aussi une interprétation restrictive de l'exception contenue à l'al. 672.21(3)f). Selon cette règle:

[TRADUCTION] Les termes généraux, si étendu soit leur sens, doivent, à moins de motifs impérieux, être restreints aux objets de la loi.

(Voir *Motel Pierre Inc. c. Cité de Saint-Laurent*, [1967] B.R. 239, à la p. 240.)

L'objet de la loi est ici d'atteindre l'équilibre entre la découverte de la vérité et le désir de faciliter un examen psychiatrique efficace. Cet équilibre sera difficilement atteint par une mise à l'écart des règles de preuve qui prévoient l'exclusion d'une preuve par ailleurs inadmissible. En effet, si l'exception permet de réintroduire indirectement des preuves précédemment exclues, les accusés refuseront de répondre à certaines questions de leur psychiatre de peur que ces preuves ne soient réintroduites au procès. La règle *cessante ratione legis* s'oppose donc à l'interprétation de l'appelante puisque celle-ci est contraire à l'un des objets de la loi.

L'argument décisif est cependant la présomption de validité. Celle-ci a été reconnue par notre Cour dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et appliquée de nombreuses fois depuis. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) décrit ce principe de la manière suivante, à la p. 1078:

... quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la Charte, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la Charte et, de ce fait, inopérante.

43

As I stated earlier, the confessions rule does not allow for any use of an involuntary statement. Now that *Whittle, supra*, has given constitutional expression to this rule, it must be concluded based on the historical definition of the confessions rule that both obtaining and using evidence contrary to this rule infringe s. 7 of the *Charter*. This is made apparent by the very existence of the “operating mind” test, which implies no police conduct that infringes the accused’s rights. In that respect, the rule is similar to s. 13 of the *Charter*, which may be violated by using testimony rather than by obtaining it. I do not agree with McLachlin J. that this entails a consideration of the constitutionality of an Act. In my view, that question has already been settled in *Whittle*; the issue here is simply to determine the scope of that decision. Also, contrary to the appellant’s contention, the actual wording of s. 672.21 is not inconsistent with the application of the confessions rule. In fact, nothing in the wording indicates that Parliament was trying to abolish it, especially if the section is read with the above-mentioned principles of interpretation in mind. Moreover, the opposite conclusion would require this Court to declare s. 672.21(3)(f) unconstitutional, which would be inconsistent not only with the legislative intent, but also with the appellant’s position, as no provision would permit the introduction of the protected statement.

44

Since the protected statement in the instant case was inadmissible because of its degree of connection with the prior inadmissible confession, Parliament could not make it admissible for any purpose whatsoever without violating s. 7 of the *Charter*. It was argued that s. 24(2) of the *Charter* could allow this evidence to be used; however, I very much doubt this to be the case, in light of *Calder, supra*, where this Court ruled that a statement obtained in violation of the right to counsel was admissible for the purpose of challenging the accused’s credibility, but only in some “very limited” and “very special” circumstances. This is confirmed in

Comme je l’ai dit précédemment, la règle des confessions s’oppose à toute utilisation d’une déclaration involontaire. Cette règle étant maintenant constitutionnalisée par l’arrêt *Whittle*, précité, il faut conclure en vertu de la définition historique de la règle des confessions que l’obtention aussi bien que l’utilisation d’une preuve en contradiction de cette règle contrevient à l’art. 7 de la *Charte*. Ceci est d’ailleurs rendu manifeste par l’existence même du critère de «l’état d’esprit conscient», qui n’implique aucun comportement attentatoire aux droits de l’accusé par les policiers. En cela, la règle est similaire à l’art. 13 de la *Charte*, qui est susceptible d’être violée par l’utilisation d’un témoignage plutôt que par son obtention. Je ne partage pas l’avis du juge McLachlin lorsqu’elle voit en cela l’examen de la constitutionnalité d’une loi. Selon moi, cette question a déjà été réglée dans l’arrêt *Whittle*; il s’agit simplement ici d’évaluer la portée de cette décision. Contrairement aussi à ce qu’affirme l’appelante, le texte même de l’art. 672.21 n’est pas incompatible avec l’application de la règle des confessions. Rien dans le texte ne permet en effet d’affirmer que le législateur cherchait à l’abolir, particulièrement si on lit l’article en gardant à l’esprit les principes interprétatifs mentionnés précédemment. D’ailleurs, la conclusion inverse forcerait notre Cour à déclarer inconstitutionnel l’al. 672.21(3)(f), ce qui serait non seulement incompatible avec l’intention du législateur, mais également avec la position de l’appelante elle-même, puisqu’elle ne pourrait désormais s’appuyer sur aucune disposition pour introduire en preuve la déclaration protégée.

Puisqu’en l’espèce, la déclaration protégée était inadmissible en raison de sa connexité avec la confession inadmissible antérieure, le législateur ne pouvait la rendre admissible pour quelque fin que ce soit sans violer l’art. 7 de la *Charte*. L’on a prétendu que le par. 24(2) de la *Charte* pourrait permettre l’utilisation de cette preuve; or je doute grandement que ceci soit le cas, en raison de l’arrêt *Calder*, précité, où notre Cour a jugé admissible, dans le but de mettre en doute la crédibilité de l’accusé, une déclaration obtenue en contravention du droit à l’assistance d’un avocat, mais uniquement dans des «circonstances très limitées» et pour

*R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, where Cory and Iacobucci JJ. stated for the majority, at para. 76:

It is not necessary to speculate what “special circumstances” would be required to allow the admission of evidence for a limited purpose that was not otherwise admissible. In our view those circumstances would be very rare indeed. In this case, there are no special circumstances which would justify such a finding. Rather, we find that there should be no difference, for the purposes of deciding whether to exclude the evidence under s. 24(2), between the admission of evidence generally and admission for the limited purpose of challenging the credibility of the accused.

It is also clear that s. 24(2) itself cannot guarantee the constitutional validity of s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*. That is the role of s. 1. Therefore, notwithstanding s. 24(2), the appellant’s interpretation would be contrary to the *Charter*. In my view, applying the presumption of validity, we must prefer the interpretation that does not make the provision of no force or effect — if that interpretation is at all plausible — even if justification under s. 1 would be possible. This is sufficient to dispose of the appeal.

It is unnecessary to rule on the application of the various rules of evidence to the admissibility of a protected statement. The issue of whether the confessions rule applies directly to a psychiatric assessment ordered under s. 672.11, and whether the psychiatrist is a person in authority in this regard, will have to be decided when a suitable case presents itself.

Whatever the eventual number of rules of evidence that will have to be consistent with s. 672.21(3)(f), it should be noted that their application will affect only the admissibility of protected statements for trial purposes. The rules of evidence do not affect the psychiatrist’s work in assessing the mental capacity of the accused in any way. In the instant case, Dr. Wolwertz could use the confession to the police to make the psychiatric assessment of the accused. Only the admissibility for trial purposes of the statement thus obtained was compromised. The determination of mental

certain «cas exceptionnels». Ceci est confirmé dans l’arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, où les juges Cory et Iacobucci affirment pour la majorité, au par. 76:

Il n’est pas nécessaire de faire des conjectures sur les «cas exceptionnels» où une preuve par ailleurs non admissible serait admissible dans un but limité. À notre avis, pareils cas seraient rarissimes. En l’espèce, les circonstances n’autorisent pas une telle conclusion. Nous estimons au contraire qu’il ne doit pas y avoir de différence, pour ce qui est de décider s’il convient d’écarter la preuve en vertu du par. 24(2), entre l’utilisation de celle-ci en général et son utilisation dans le but limité d’attaquer la crédibilité de l’accusé.

Il est aussi indéniable que le par. 24(2) lui-même ne peut garantir la validité constitutionnelle de l’al. 672.21(3)f) du *Code criminel*. C’est là le rôle de l’art. 1. Par conséquent, nonobstant le par. 24(2), l’interprétation de l’appelante serait contraire à la *Charte*. À mon avis, en appliquant la présomption de validité, il faut préférer l’interprétation qui ne rend pas la disposition inopérante, si tant est qu’elle soit plausible, et ce même si une justification sous le régime de l’art. 1 serait possible. Ceci suffit pour disposer de l’appel.

Il n’est pas nécessaire de se prononcer sur l’application de l’ensemble des règles de preuve à l’admissibilité d’une déclaration protégée. La question de savoir si la règle des confessions s’applique directement à l’évaluation psychiatrique ordonnée en vertu de l’art. 672.11, et si le psychiatre est une personne en autorité dans ce contexte, devra être décidée lorsqu’une cause appropriée se présentera.

Quel que soit le nombre éventuel des règles de preuve qui devront s’harmoniser avec l’al. 672.21(3)f), je tiens à préciser que l’application de celles-ci ne saurait affecter que l’admissibilité des déclarations protégées aux fins du procès. Les règles de preuve n’affectent en rien le travail du psychiatre dans son évaluation de la capacité mentale de l’accusé. En l’espèce, le Dr Wolwertz pouvait utiliser la confession faite aux policiers pour procéder à l’évaluation psychiatrique de l’accusé. Seule l’admissibilité aux fins du procès de la déclaration ainsi obtenue était compromise.

45

46

47

capacity does not raise the same considerations of procedural fairness as the trial itself. The psychiatrist merely makes a recommendation to the court and the defence may always introduce its own psychiatric assessment if it believes that the first assessment was not made in accordance with the rules provided for in the section. Trial fairness is simply not in issue. What is important is to obtain the most accurate assessment possible of the accused's mental capacity.

#### D. Waiver

48 The appellant argues that even though the statement was inadmissible, the defence waived the exercise of its right and accepted the introduction in evidence of the psychiatrist's report and the statement it contained. The appellant also points out that neither did the respondent object to the use of this evidence by the Crown during cross-examination of the accused.

49 First, this waiver must be placed in context. It was after the defence had filed the report of its expert, Dr. Lafleur, whose opinion had been used by Judge Lamoureux during the *voir dire* on the admissibility of the confession to the police, that the Crown sought to file the report of Dr. Wolwertz, to which the defence did not object. When Crown counsel later questioned the accused about his admission to Dr. Wolwertz, she was careful not to identify the document she was brandishing as the inadmissible confession. On neither occasion was the inadmissible confession the central issue and it could in a sense go unnoticed. As Proulx J.A. stated (at p. 243):

[TRANSLATION] . . . I find it difficult to believe that after successfully challenging the admissibility of the admissions made by the appellant to the police, counsel for the appellant nevertheless wanted these admissions used against his client, through Dr. Wolwertz's report. . . .

50 The law on the question is clear. Despite s. 672.21(2) and (3), it had to be determined whether the protected statement was admissible in

La détermination de la capacité mentale ne soulève pas les mêmes considérations d'équité procédurale que le procès lui-même. Le psychiatre ne fait qu'une recommandation au tribunal et la défense peut toujours soumettre sa propre évaluation psychiatrique si elle croit que la première évaluation n'a pas été faite conformément aux règles prévues par l'article. L'équité du procès n'est tout simplement pas en cause. Ce qui importe, c'est d'obtenir l'évaluation la plus exacte possible de la capacité mentale de l'accusé.

#### D. La renonciation

L'appelante fait valoir que même si la déclaration était inadmissible, la défense a renoncé à se prévaloir de son droit et a accepté que le rapport du psychiatre, et la déclaration qu'il contenait, soient déposés en preuve. L'appelante souligne également que l'intimé ne s'est pas non plus opposé à l'utilisation de cette preuve par le ministère public lors du contre-interrogatoire de l'accusé.

En premier lieu, il convient de remettre cette renonciation dans son contexte. C'est à la suite de la production par la défense du rapport de son expert, le Dr Lafleur, dont l'opinion avait été utilisée par le juge Lamoureux lors du *voir-dire* sur l'admissibilité de la confession faite aux policiers, que le ministère public a demandé à déposer le rapport de Dr Wolwertz, ce à quoi la défense ne s'est pas opposée. Lorsque l'avocate du ministère public a ensuite questionné l'accusé concernant son aveu au Dr Wolwertz, elle s'est bien gardée d'identifier le document qu'elle brandissait comme étant la confession inadmissible. Dans un cas comme dans l'autre, la confession inadmissible n'était pas au cœur du débat et pouvait en quelque sorte passer inaperçue. Comme le souligne le juge Proulx de la Cour d'appel, à la p. 243:

. . . je peux difficilement concevoir qu'après avoir contesté avec succès l'admission en preuve des aveux faits par l'appelant aux policiers, l'avocat de l'appelant ait voulu que ces aveux soient néanmoins retenus contre son client, par le biais du rapport du Dr Wolwertz. . .

L'état du droit sur la question est d'ailleurs clair. Malgré les par. 672.21(2) et (3), il fallait déterminer si la déclaration protégée était admissible, étant

light of its degree of connection with the prior confession which was found to be inadmissible. This degree of connection can only be assessed during a *voir dire*, which was accordingly mandatory (see *Erven, supra*). By this I do not mean that there must be a *voir dire* on the voluntariness of the protected statement in every case; once again, this is a question that will have to be determined in another case. I am merely confirming that there must be a *voir dire* where, as here, the issue of whether the admission was derived from a prior inadmissible confession arises.

Whether the possibility of waiving the *voir dire* or consenting to the use of the protected statement is based on s. 672.21(2) or whether it has a more general foundation (see in this regard *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.)), it is well established that “[s]ilence or mere lack of objection does not constitute a lawful waiver” (see *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64, at p. 74). In the circumstances, the Crown cannot argue that the situation was otherwise. I therefore adopt the position of the Court of Appeal and find that there was no valid waiver or consent to the use of the protected statement in the case at bar.

#### E. *Appropriate Remedy*

Although I have found that Judge Lamoureux erred in admitting the accused’s admission, that is not sufficient to dispose of the appeal. It is also important to consider how it was used in his reasons. There is no doubt in the instant case that the protected statement played a significant role in the trial judge’s conviction of B.G. He defended his verdict by saying:

[TRANSLATION] With regard to credibility, certain seemingly insignificant facts which become exceedingly important in the decision I have to make must be considered. The accused denies he ever sexually assaulted the victim. However, he met with Dr. John Wolwertz and (inaudible) with the latter. And in his report, Dr. Wolwertz recounts the made-up story, that the accused made admissions to Dr. Wolwertz concerning his sexual behaviour. . . .

The accused gave, invented two (2) scenarios for the crime with which he was charged. What credibility must I give to the testimony of the accused, who admitted to

donné sa connexité avec la confession antérieure jugée inadmissible. Cette connexité ne peut s’évaluer que lors d’un *voir-dire* dont la tenue était, pour cette raison, obligatoire (voir *Erven, précité*). Je n’affirme pas ici qu’un *voir-dire* sur le caractère volontaire de la déclaration protégée doit être tenu dans tous les cas; à nouveau, il s’agit là d’une question qui devra être tranchée lors d’un autre litige. Je confirme simplement qu’il doit y avoir *voir-dire* lorsque se pose, comme en l’espèce, la question de savoir si l’aveu est dérivé d’une confession inadmissible antérieure.

Que la possibilité de renoncer au *voir-dire*, ou de consentir à l’utilisation de la déclaration protégée, repose sur le par. 672.21(2) ou qu’elle repose sur un fondement plus large (voir à ce sujet l’arrêt *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.)), il est bien établi que «[l]e silence ou la simple absence d’opposition ne constitue pas une renonciation valide» (voir *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64, à la p. 74). Dans les circonstances, le ministère public ne peut prétendre qu’il s’est produit autre chose. J’adopte donc la position de la Cour d’appel et conclus qu’il n’y a pas eu, en l’espèce, renonciation valable, ni consentement, à l’utilisation de la déclaration protégée.

#### E. *La réparation appropriée*

Même si j’ai conclu que l’aveu de l’accusé a été erronément admis en preuve par le juge Lamoureux, cela n’est pas suffisant pour trancher l’appel. Il importe aussi d’examiner l’usage qu’il en a fait dans ses motifs. En l’espèce, il ne fait aucun doute que la déclaration protégée a joué un rôle important dans la condamnation de B.G. par le juge du procès. Il justifie son verdict en disant:

Relativement à la crédibilité, il faut voir certains petits faits qui deviennent excessivement importants dans la décision que j’ai à prendre. L’accusé nie toute agression sexuelle sur sa victime. Pourtant, il a rencontré le docteur John Wolwertz et (inaudible) avec celui-ci. Et le docteur Wolwertz, dans son rapport, nous rapporte l’histoire inventée, à savoir que l’accusé avait, au docteur Wolwertz, fait des admissions relativement à son comportement sexuel. . . .

L’accusé a donné, a inventé deux (2) scénarios pour le crime qu’on lui reproche. Quelle crédibilité dois-je donner au témoignage de l’accusé, qui a admis au

Dr. Wolwertz that he sexually assaulted the victim and who, under oath, before the Court, denied this statement? . . . I therefore accept what he said to Dr. Wolwertz.

Since there is other evidence which might stand against the accused, the Court of Appeal properly ordered a new trial rather than a stay of proceedings. The Crown did not seek the application of the remedial provision in s. 686(1)(b)(iii) to uphold the verdict of guilty despite the error in law on the ground that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. In fact, the Crown specifically refused to invoke the provision despite the Quebec Court of Appeal's express inquiry.

## VII. Conclusion and Disposition

53 For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Quebec Court of Appeal ordering a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

54 MCLACHLIN J. (dissenting) — The accused was charged with several counts of sexual assault. He made a statement to the police admitting guilt. Later, he confirmed the validity of that statement to a psychiatrist in the course of a court-ordered assessment of his mental condition pursuant to s. 672.11(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. At his trial, he took the stand in his defence and denied that he committed the offences in question, giving a different version of events from the one he had provided to the police and confirmed to the psychiatrist.

55 Section 672.21 of the *Criminal Code* provides that statements made by the accused in the course of a court-ordered assessment of his or her mental condition are "protected statements" inadmissible in evidence without the consent of the accused, subject to certain exceptions. One exception allows protected statements to be used to challenge the credibility of the accused if his or her testimony at

docteur Wolwertz qu'il a agressé sexuellement la victime et qui, sous serment, devant la Cour, nie cette déclaration? [. . .] Alors, moi je retiens les paroles qu'il a tenues avec le docteur Wolwertz.

Étant donné qu'il existe d'autres preuves susceptibles d'être retenues contre l'accusé, c'est à bon droit que la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès plutôt que l'arrêt des procédures. Le ministère public n'a pas demandé l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iii) en vue de maintenir le verdict de culpabilité malgré l'erreur de droit, au motif qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En fait, le ministère public a spécifiquement refusé de se prévaloir de cette disposition malgré la demande expresse de la Cour d'appel du Québec.

## VII. Conclusion et dispositif

Pour ces motifs, je rejetterais l'appel et confirmerais le jugement de la Cour d'appel du Québec qui ordonne la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — L'accusé a été inculpé de plusieurs chefs d'agression sexuelle. Il a fait à la police une déclaration dans laquelle il reconnaissait sa culpabilité. Il a plus tard confirmé la validité de cette déclaration à un psychiatre au cours de l'évaluation de son état mental ordonnée par le tribunal conformément aux al. 672.11a) et b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. À son procès, il a témoigné pour sa défense et nié avoir commis les infractions en question, donnant des événements une version différente de celle qu'il avait donnée à la police et confirmée au psychiatre.

L'article 672.21 du *Code criminel* dispose que les déclarations faites par l'accusé au cours d'une évaluation de son état mental ordonnée par la cour sont des «déclarations protégées» qui ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l'accusé, sous réserve de certaines exceptions. Suivant une exception, les déclarations protégées peuvent être utilisées pour mettre en doute la

a later proceeding is inconsistent with the previously made protected statements. The issue before us on this appeal is whether the trial judge erred in considering the statement the accused made to the psychiatrist when assessing his credibility at trial, pursuant to s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*.

The statement the accused made to the psychiatrist is a "protected statement" defined by Parliament, under s. 672.21(1), as follows:

**672.21 (1)** In this section, "protected statement" means a statement made by the accused during the course and for the purposes of an assessment or treatment directed by a disposition, to the person specified in the assessment order or the disposition, or to anyone acting under that person's direction.

A protected statement cannot be used at trial, subject to certain exceptions, one of which is to challenge the credibility of the accused where he or she gives a different statement in evidence:

(2) No protected statement or reference to a protected statement made by an accused is admissible in evidence, without the consent of the accused, in any proceeding before a court, tribunal, body or person with jurisdiction to compel the production of evidence.

(3) Notwithstanding subsection (2), evidence of a protected statement is admissible for the purpose of

(f) challenging the credibility of an accused in any proceeding where the testimony of the accused is inconsistent in a material particular with a protected statement that the accused made previously;

The accused contends that the trial judge erred in considering the statement the accused made to the psychiatrist when assessing his credibility at trial, notwithstanding s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*, which on its face authorizes this. He argues: (1) that the statement to the psychiatrist is inadmissible as an involuntary confession made to a person in authority; (2) in the alternative, that the statement is inadmissible because it is the product

crédibilité de l'accusé si le témoignage qu'il rend dans une procédure subséquente est incompatible sur un point important avec les déclarations protégées qu'il a déjà faites. Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si le juge du procès a commis une erreur en prenant en considération la déclaration faite par l'accusé au psychiatre lorsqu'il a apprécié la crédibilité du premier conformément à l'al. 672.21(3)f) du *Code criminel*.

La déclaration de l'accusé au psychiatre est une «déclaration protégée», expression qui a été définie ainsi par le législateur au par. 672.21(1):

**672.21 (1)** Au présent article, «déclaration protégée» s'entend de la déclaration faite par l'accusé dans le cadre de l'évaluation ou du traitement prévu par une décision à la personne désignée dans l'ordonnance d'évaluation ou la décision ou à un préposé de cette personne.

Une déclaration protégée ne peut pas être utilisée au procès, sous réserve de certaines exceptions, notamment en vue de mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsqu'il fait une déclaration différente au cours de son témoignage:

(2) Les déclarations protégées ou la mention d'une déclaration protégée faite par l'accusé ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l'accusé dans toute procédure devant un tribunal, une cour, un organisme ou une personne qui a compétence pour ordonner la production d'éléments de preuve.

(3) Par dérogation au paragraphe (2), une preuve d'une déclaration protégée est admissible pour:

f) mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsque le témoignage qu'il rend dans des procédures est incompatible sur un point important avec une déclaration protégée qu'il a déjà faite;

L'accusé prétend que, lorsque que le juge du procès a apprécié sa crédibilité au procès, ce dernier a commis une erreur en prenant en considération la déclaration qu'il avait faite au psychiatre, et ce malgré le fait que le texte de l'al. 672.21(3)f) du *Code criminel* autorise une telle utilisation. Il avance les arguments suivants: (1) la déclaration au psychiatre est inadmissible parce qu'elle est une confession involontaire faite à une personne en

56

57

of an earlier inadmissible confession; and (3) that in either case, s. 672.21(3)(f) does not permit its use, even to assess credibility. I cannot accept these arguments. I shall discuss each in turn.

58

I proceed on the basis that the trial judge used the accused's statement only to assess his credibility. The trial judge began and ended his reasons with clear affirmations that the central issue before him was that of the accused's credibility. Indeed, the case fell to be decided on the basis of the evidence of the complainant versus the evidence of the accused.

(1) The Argument that the Accused's Statement to the Psychiatrist is an Involuntary Confession

59

The first argument is that the accused's statement to the psychiatrist is an inadmissible confession, quite apart from the earlier inadmissible confession to the police. The argument depends upon the defence establishing that the psychiatrist was a person in authority and that he improperly obtained the confession from the accused by using threats or promises, or otherwise effectively depriving the accused of his right to choose whether to confess or not. At the very least, the defence argues, the trial judge should have held a *voir dire* to determine these matters. It seems clear that even if the psychiatrist could be considered a person in authority, there is no suggestion that he used threats, promises, or other techniques to deprive the accused of his choice. There is also no suggestion that the accused did not know his rights or that he did not possess an operating mind. The trial judge, having considered the reports of both the court-appointed and defence psychiatrists, concluded that the accused understood and appreciated the admissions he gave. The appeal was therefore quite properly advanced mainly on the basis that the statement to the psychiatrist is involuntary because of its connection to the accused's earlier

situation d'autorité; (2) la déclaration est inadmissible parce qu'elle est le fruit d'une confession antérieure inadmissible; (3) dans un cas comme dans l'autre, l'al. 672.21(3)f ne permet pas son utilisation, même aux fins d'appréciation de la crédibilité. Je ne peux pas accepter ces arguments. Je vais les examiner à tour de rôle.

Je tiens pour acquis que le juge du procès a utilisé la déclaration de l'accusé dans le seul but d'apprécier sa crédibilité. Le juge du procès a commencé et terminé ses motifs en affirmant clairement que la question centrale dont il était saisi était celle de la crédibilité de l'accusé. De fait, c'est la comparaison de la valeur relative du témoignage du plaignant et de celui de l'accusé qui a déterminé l'issue de l'affaire.

(1) L'argument que la déclaration de l'accusé au psychiatre est une confession involontaire

Le premier argument est que la déclaration de l'accusé au psychiatre constitue une confession inadmissible, indépendamment de la confession antérieure inadmissible faite à la police. Cet argument dépend de la capacité de la défense de démontrer que le psychiatre était une personne en situation d'autorité et qu'il a obtenu irrégulièrement la confession de l'accusé, au moyen de menaces ou de promesses, ou qu'il a, de quelque autre manière, effectivement privé l'accusé de son droit de décider de faire ou non une confession. À tout le moins, affirme la défense, le juge du procès aurait dû tenir un *voir-dire* pour trancher ces questions. Il semble clair que, même s'il était possible de considérer le psychiatre comme une personne en situation d'autorité, personne ne prétend qu'il se soit servi de menaces, de promesses ou de tout autre moyen pour priver l'accusé de son droit de choisir. Personne ne prétend non plus que l'accusé ne connaissait pas ses droits ou qu'il n'était pas dans un état d'esprit conscient. Après examen du rapport du psychiatre nommé par la cour et celui du psychiatre de la défense, le juge du procès a conclu que l'accusé comprenait les aveux qu'il avait faits et leurs conséquences. En appel, on a donc, à juste titre, plaidé principalement que la déclaration faite au psychiatre était involontaire

confession to the police which the trial judge had ruled inadmissible.

(2) The Argument that the Statement to the Psychiatrist is Inadmissible Because of its Links to the Earlier Inadmissible Confession to the Police

The second argument is that the accused's statement to the psychiatrist is an inadmissible confession because of its links to the earlier police confession which the trial judge ruled inadmissible. In my view, the connection between the statement to the psychiatrist and the earlier statement to the police does not meet the test established by this Court for inadmissibility by derivation.

A preliminary issue arises of whether statements derived from an involuntary confession may be excluded whether or not such statements are made to a person in authority. I can find no case where the common law doctrine of derivative exclusion has been applied to exclude a secondary statement not made to a person in authority. The common law doctrine of derivative exclusion is concerned with voluntariness, a concern which arises only in the case of confessions made to persons in authority.

Assuming, without deciding, that the person in authority requirement is met, the issue becomes whether the statement to the psychiatrist is rendered involuntary by the preceding statement to the police. The test was set by Sopinka J. in *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, at p. 526:

... a subsequent confession would be involuntary if either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or if the fact that the

parce qu'elle était liée à la confession qui avait été faite auparavant par l'accusé à la police et qui avait été déclarée inadmissible par le juge du procès.

(2) L'argument que la déclaration faite au psychiatre est inadmissible en raison de ses liens avec la confession antérieure inadmissible faite à la police

Le deuxième argument est que la déclaration faite par l'accusé au psychiatre constitue une confession inadmissible en raison de ses liens avec la confession antérieure qui a été faite à la police et que le juge du procès a déclarée inadmissible. À mon avis, le lien entre la déclaration au psychiatre et la déclaration antérieure à la police ne satisfait pas au critère établi par notre Cour en matière d'inadmissibilité par dérivation.

La question préliminaire qui se pose est de savoir si les déclarations dérivées d'une confession involontaire peuvent être écartées, qu'elles aient ou non été faites à une personne en situation d'autorité. Je ne peux trouver aucun arrêt où une déclaration secondaire faite à une personne qui n'était pas en situation d'autorité aurait été écartée en vertu de la doctrine de common law concernant l'exclusion des éléments de preuve dérivée. Cette doctrine s'attache au caractère volontaire des déclarations, question qui ne se pose que dans le cas de confessions faites à des personnes en situation d'autorité.

Si l'on suppose, sans toutefois statuer sur la question, que la condition relative à la présence d'une personne en situation d'autorité est respectée, il faut alors se demander si la déclaration faite au psychiatre devient involontaire du fait de la déclaration antérieure à la police. Le critère applicable a été établi par le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, à la p. 526:

... une confession subséquente serait involontaire si les\* caractéristiques ayant vicié la première confession existaient toujours ou si la première déclaration était un

\* L'erreur dans la traduction du texte cité a été corrigée.

first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement.  
[Emphasis added.]

As this statement makes clear, the issue is whether the second confession has been rendered involuntary. If it is not involuntary, it stands as an admissible confession.

63 On the first branch of the test, Sopinka J. held that “a subsequent confession would be involuntary if . . . the tainting features which disqualified the first confession continued to be present”. Sopinka J. identified the following as potentially “tainting features”: the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning; the discovery of additional incriminating evidence subsequent to the first statement; the presence of the same police officers at both interrogations; and other similarities between the two circumstances (*I. (L.R.) and T. (E.)*, *supra*, at p. 526). On the second branch of the test, more apposite here, Sopinka J. stated that “a subsequent confession would be involuntary . . . if the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement”. This might occur where the fact of the first statement produces a “strong urge to explain away incriminating matters in a prior statement” (p. 527); or the second statement was a “continuation of the first” (p. 531); or where, in light of the first statement, “the rationale for further restraint in self-incrimination was gone” (p. 532). In short, the inquiry is whether the first inadmissible confession effectively deprived the accused of the choice of whether to make the subsequent confession, rendering it involuntary and hence inadmissible.

64 To assert that every statement similar to or derived from an inadmissible statement thereby becomes inadmissible is to undermine the rationale of choice that lies at the heart of the confessions rule: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 173. It would make virtually all second confessions inadmissible, regardless of the circumstances, since second statements almost always will have reference in some derivative way to prior statements. It would prevent an accused who has made an

facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration. [Je souligne.]

Comme l’indique clairement cet énoncé, la question est de savoir si la seconde confession est devenue involontaire. Si elle ne l’est pas, elle est valide en tant que confession admissible.

Relativement au premier volet du critère, le juge Sopinka a conclu qu’«une confession subséquente serait involontaire si les caractéristiques ayant vicié la première confession existaient toujours». Le juge Sopinka a qualifié de «vices» potentiels les facteurs suivants: le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l’interrogatoire, la découverte d’éléments de preuve incriminants supplémentaires après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires ainsi que d’autres similarités entre les cas (*I. (L.R.) et T. (E.)*, précité, à la p. 526). Relativement au deuxième volet du critère, le juge Sopinka a dit qu’«une confession subséquente serait involontaire [. . .] si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration». De tels cas pourraient survenir lorsque la première déclaration provoque une «invitation pressante à expliquer des éléments incriminants révélés dans une déclaration antérieure» (p. 527), lorsque la seconde déclaration était une «continuité de la première» (p. 531), ou lorsque, à la lumière de la première déclaration, «il n’y avait plus de raison d’éviter de s’incriminer» (p. 532). Bref, il s’agit de se demander si la première confession inadmissible a effectivement privé l’accusé de la possibilité de choisir de faire ou non la confession subséquente, rendant celle-ci involontaire et, de ce fait, inadmissible.

Affirmer que toute déclaration dérivée d’une déclaration inadmissible ou similaire à une telle déclaration devient de ce fait inadmissible a pour effet de miner la raison d’être du choix qui est au cœur de la règle des confessions: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 173. Cela aurait pour effet de rendre inadmissible pratiquement toute seconde confession, quelles que soient les circonstances, puisqu’une telle déclaration se rapporte presque toujours, de façon dérivée, à la déclaration

inadmissible first statement from making an admissible second statement, even where this is to his or her advantage. And it would disadvantage the search for the truth and the proper administration of justice, all in the absence of the self-incrimination and abuse rationales that underlie the rule that involuntary confessions should be excluded.

For these reasons, I respectfully dissent from my colleague Bastarache J.'s view that a subsequent statement is inadmissible if the second statement "arose out of the first" or where the first and the second statements "are one and the same". The fact that the second statement contained no additional information, and that the second admission was merely an assertion of the truth of the first statement does not suffice, without more, to render a second confession inadmissible. Nor is a second confession rendered inadmissible because it is "contaminated" by or "exists only because of", the prior inadmissible confession. Connectedness or similarity between a prior inadmissible confession and a subsequent statement renders the subsequent statement inadmissible only if it rises to the level of showing that the connection may have rendered the second statement involuntary.

Applying the doctrine of derivative exclusion set out in *I. (L.R.) and T. (E.)* to the facts here, and bearing in mind the protection against involuntary self-incrimination that lies at the heart of it, I conclude that the statement to the psychiatrist, assuming it to be a confession falling under the reach of this doctrine, is not inadmissible on either branch of the test. The time span between the first and second statements was long — about one year, during which time the accused consulted with a lawyer. There was no mass of subsequently discovered evidence acting as a practical compulsion to confess. The circumstances and personnel involved in the two situations were entirely different. The accused's mother had explained to the accused the purpose and nature of the meeting with

antérieure. Cela empêcherait l'accusé qui a fait une première déclaration inadmissible de faire une seconde déclaration admissible, même lorsque cela serait à son avantage. Une telle situation ne favoriserait pas non plus la recherche de la vérité ni la bonne administration de la justice, et tout cela en l'absence des justifications fondées sur la protection contre l'auto-incrimination et les abus sur lesquelles repose la règle selon laquelle les confessions involontaires doivent être écartées.

Pour ces motifs, je dois avec égards exprimer ma dissidence avec l'opinion de mon collègue le juge Bastarache qu'une déclaration subséquente est inadmissible lorsque la seconde déclaration «est issue de la première» ou «ne fait qu'un avec elle». Le fait que la seconde déclaration ne contenait aucune information supplémentaire et qu'elle n'était simplement qu'une affirmation de la véracité de la première ne rend pas, à lui seul, la seconde confession inadmissible. Une seconde déclaration ne devient pas non plus inadmissible parce qu'elle a été «contaminée» par la confession antérieure inadmissible ou qu'elle «n'existe [...] qu'en vertu de» celle-ci. La connexité ou la similitude entre une première confession inadmissible et une déclaration subséquente ne rend cette dernière inadmissible que si cette connexité ou similitude est suffisante pour démontrer que le lien est susceptible d'avoir rendu la seconde déclaration involontaire.

Appliquant aux faits de l'espèce la doctrine de l'exclusion de la preuve dérivée qui a été énoncée dans *I. (L.R.) et T. (E.)*, tout en gardant à l'esprit la protection contre l'auto-incrimination involontaire qui est au cœur de cette doctrine, je conclus que la déclaration qui a été faite au psychiatre — en tenant pour acquis qu'elle est une confession relevant du champ d'application de cette doctrine — n'est pas inadmissible suivant l'un ou l'autre des volets du critère. Il s'est écoulé, entre la première et la seconde déclaration, un long délai — environ un an — au cours duquel l'accusé a consulté un avocat. On n'a pas découvert, subséquemment à la première déclaration, une masse d'éléments de preuve qui auraient eu pour effet de forcer concrètement l'accusé à passer aux aveux. Les circons-

the psychiatrist. While the psychiatrist adverted to the first statement in questioning the accused, he did not do so in a deceptive or coercive way. The accused was never deprived of his right to choose whether to make the statement or not. These circumstances do not bring the case within the situations described by Sopinka J. where a second statement might be inadmissible on the basis of a prior inadmissible confession. The substantial connection between the two statements required by the law to establish involuntariness is not established, and the doctrine of derivative exclusion does not apply to exclude the statement at issue.

(3) The Argument that Section 672.21(3)(f) of the Criminal Code Does not Permit the Use of Inadmissible Confessions

67

In the event the accused was able to establish that the statement to the psychiatrist was an inadmissible confession, which I reject, he would face the further hurdle of showing that the inadmissibility of the statement took it out of the reach of s. 672.21(3)(f). To this end, the accused submits that the common law confessions rule and s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prohibit any subsequent use of an involuntary confession. He argues that, in order to conform with the requirements of the *Charter*, s. 672.21(3)(f) must be read down or interpreted as incorporating the common law confessions rule and excluding inadmissible confessions. On this view, the “protected statements” referred to in s. 672.21(3)(f), would have to be read as “protected statements, except inadmissible confessions”. Bastarache J. applies similar reasoning and concludes that the exception created under s. 672.21(3)(f) does not allow statements derived from inadmissible confessions to be used to challenge an accused’s credibility, because to do so would render the section

tances et les personnes en cause dans les deux cas n’étaient pas du tout les mêmes. Bien que le psychiatre ait fait allusion à la première déclaration lorsqu’il a questionné l’accusé, il ne l’a pas fait de façon autoritaire ou de manière à prendre l’accusé en défaut. Ce dernier n’a jamais été privé de son droit de choisir de faire ou non la déclaration. Ces circonstances ne font pas de la présente affaire un des cas décrits par le juge Sopinka où la seconde déclaration pourrait être jugée inadmissible en raison d’une confession antérieure inadmissible. On n’a pas démontré l’existence, entre les deux déclarations, du degré de connexité important exigé par le droit pour établir le caractère involontaire, et la doctrine de l’exclusion des éléments de preuve dérivée ne s’applique pas et n’écarte pas la déclaration en litige.

(3) L’argument que l’al. 672.21(3)f) du Code criminel ne permet pas l’utilisation des confessions inadmissibles

Dans l’hypothèse où l’accusé a pu démontrer que sa déclaration au psychiatre constituait une confession inadmissible, hypothèse que je rejette, il devrait surmonter un obstacle supplémentaire, c’est-à-dire prouver que l’inadmissibilité de la déclaration a eu pour effet de soustraire celle-ci à l’application de l’al. 672.21(3)f). À cet égard, l’accusé soutient que la règle de common law relative aux confessions et l’al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* interdisent toute utilisation subséquente d’une confession involontaire. Il prétend que, pour que l’al. 672.21(3)f) soit conforme aux exigences de la *Charte*, il faut lui donner une interprétation atténuée ou considérer qu’il a incorporé la règle de common law relative aux confessions et qu’il écarte les confessions inadmissibles. Suivant ce raisonnement, l’expression «déclaration protégée» visée à l’al. 672.21(3)f) devrait plutôt être considérée comme visant les «déclarations protégées, à l’exception des confessions inadmissibles». Le juge Bastarache applique un raisonnement similaire et conclut que l’exception créée par l’al. 672.21(3)f) ne permet pas l’utilisation de déclarations dérivées de confessions inadmissibles pour mettre en doute la crédibilité de l’accusé, étant donné que cela aurait pour effet

unconstitutional in light of the “constitutionalized” confessions rule.

In my opinion, the statement to the psychiatrist, even if an inadmissible confession, could be used to challenge the accused’s credibility pursuant to s. 672.21(3)(f). The wording of s. 672.21(3)(f) is clear and conforms to the documented intention of Parliament. Given the lack of ambiguity in s. 672.21(3)(f) and the absence of a constitutional challenge of this section, I take the view that it cannot be read down on constitutional grounds. I also note that even if the constitutionality of the section were considered, there is every indication that it would pass constitutional muster.

The cardinal principle of interpretation is that a statute must be interpreted in a way that gives effect to the intention of Parliament. While various considerations and rules aid in ascertaining this intention, the words chosen by Parliament are the prime indicators of its purpose. Absent ambiguity, one can reasonably assume that Parliament said what it intended to say. The courts are not, however, the slave of the text. The words must be read with the object of the statute and the intention of Parliament in mind. A related rule is that the statute should be read in a way that avoids absurdity and assigns a meaning to all of the words Parliament has used. See generally: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, per Iacobucci J. Yet another rule is that where two interpretations of a provision are possible, and one raises constitutional difficulty, the court should prefer the interpretation that more closely accords with the Constitution: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, per Lamer J. (as he then was); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 771, per McLachlin J. This follows from the common-sense presumption that Parliament intends to respect the constitutional limits on its jurisdiction, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at pp. 322-23.

d’invalider cet alinéa vu la «constitutionnalisation» de la règle des confessions.

À mon avis, la déclaration faite au psychiatre — même si elle constituait une confession inadmissible — pourrait être utilisée pour mettre en doute la crédibilité de l’accusé en vertu de l’al. 672.21(3)f. Le texte de cet alinéa est clair et conforme à l’intention documentée du législateur. Vu l’absence d’ambiguïté du texte de l’al. 672.21(3)f et le fait qu’on ne conteste pas sa constitutionnalité, je suis d’avis qu’il ne peut recevoir une interprétation atténuée pour des motifs d’ordre constitutionnel. Je souligne également que, même si la constitutionnalité de cet alinéa était contestée, tout indique qu’il résisterait à un tel examen.

Le principe fondamental d’interprétation est qu’un texte de loi doit recevoir une interprétation qui donne effet à l’intention du législateur. Bien que différentes règles et considérations aident à dégager cette intention, les mots choisis par le législateur sont les premiers indicateurs de l’objectif qu’il vise. En l’absence d’ambiguïté, on peut raisonnablement présumer que le législateur a dit ce qu’il entendait dire. Les tribunaux ne sont cependant pas esclaves du texte. Les mots utilisés doivent être lus en gardant à l’esprit l’objet de la loi et l’intention du législateur. Suivant une règle connexe, le texte de loi doit être interprété de manière à éviter les absurdités et à donner un sens à tous les mots utilisés par le législateur. Voir, de façon générale: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, le juge Iacobucci. Cependant, selon une autre règle, lorsqu’une disposition est susceptible de deux interprétations et que l’une d’elles soulève des difficultés du point de vue constitutionnel, le tribunal devrait préférer l’interprétation qui est la plus conforme à la Constitution: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, à la p. 771, le juge McLachlin. Cette règle découle de la présomption sensée selon laquelle le législateur entend respecter les limites constitutionnelles encadrant sa compétence, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), par R. Sullivan, aux pp. 322 et 323.

68

69

70

In my view, the application of these principles to s. 672.21(3)(f) does not lead to the conclusion that it should be read as inapplicable to inadmissible confessions. I agree with Bastarache J. that Parliament had two purposes in passing s. 672.21. Parliament wished to facilitate court-ordered assessments of accused persons by providing them with a guarantee of confidentiality. Parliament, however, also wanted to uphold and protect the search for truth. The Minister of Justice indicated in introducing the provisions that she had received representations from the defence bar that lawyers were advising their clients to refuse to answer questions during such assessments to avoid the risk of incriminating statements. She noted that this practice threatened to undermine the effectiveness of court-ordered assessments. At the same time, the Minister indicated that she was alive to representations from those concerned with law enforcement that a complete interdiction on the use of such statements would deprive the courts of important information that might cast light on the accused's situation and the crime. Section 672.21(3)(f) effects a compromise between these two Parliamentary purposes. To protect the confidentiality of the accused, s. 672.21 affirms that communications in court-ordered assessments or treatments are inadmissible in evidence absent consent, subject to certain exceptions. To uphold and protect the search for truth, s. 672.21(3)(f) creates a limited exception providing for the use of such statements to challenge the accused's credibility where he or she takes the stand and testifies in a manner inconsistent with these statements.

À mon avis, l'application de ces principes à l'al. 672.21(3)f n'amène pas à conclure qu'il devrait être considéré comme inapplicable aux confessions inadmissibles. Je partage l'opinion du juge Bastarache que le législateur visait deux objectifs en édictant l'art. 672.21. Il désirait faciliter les évaluations psychiatriques ordonnées par les tribunaux, et ce en accordant aux accusés une garantie de confidentialité. Cependant, le législateur voulait également soutenir et protéger la recherche de la vérité. Lorsqu'elle a déposé les dispositions en question, la ministre de la Justice a indiqué que des associations d'avocats de la défense avaient affirmé que certains avocats conseillaient à leurs clients de refuser de répondre aux questions qui leur étaient posées au cours de ces évaluations, de façon à éviter de faire des déclarations incriminantes. La ministre a souligné que cette pratique risquait de compromettre l'efficacité des évaluations ordonnées par les tribunaux. À cette occasion, elle a également dit être sensible aux observations émanant des personnes chargées de l'application de la loi, qui affirmaient que le fait d'interdire complètement le recours à ce genre de déclarations priverait les tribunaux de renseignements importants qui pourraient faire la lumière sur la situation de l'accusé et sur le crime. L'alinéa 672.21(3)f réalise un compromis entre ces deux objectifs du législateur. Pour protéger la confidentialité des déclarations de l'accusé, l'art. 672.21 affirme que les communications faites au cours d'évaluations ou de traitements ordonnés par les tribunaux ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l'accusé, sous réserve de certaines exceptions. Pour soutenir et protéger la recherche de la vérité, l'al. 672.21(3)f crée une exception limitée, qui permet l'utilisation des déclarations protégées pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsqu'il se présente à la barre et rend un témoignage incompatible sur un point important avec de telles déclarations.

71

An interpretation of s. 672.21(3)(f) that extends its limited use exception to otherwise inadmissible confessions is consistent with Parliament's intentions. The common law distinguishes between tendering evidence for the purpose of incrimination and referring to evidence for the purpose of

L'interprétation de l'al. 672.21(3)f qui étend aux déclarations dérivées de confessions par ailleurs inadmissibles l'exception limitée en matière d'utilisation prévue par cette disposition est compatible avec l'intention du législateur. La common law fait une distinction entre la présentation d'un

challenging credibility. It has long recognized that when an accused puts his or her credibility in issue by taking the stand, a range of otherwise inadmissible evidence is admissible to impeach that credibility. This is neither unfair nor unjust. The accused has chosen, under oath, to put a certain version of events before the court and ask the court to believe it. In so doing, the accused has opened the door to having the trustworthiness of the evidence he or she offers challenged on the basis of contrary statements. Getting at the truth is an important value in criminal trials. Permitting the Crown to cross-examine a witness by reference to other versions of the events he or she has presented furthers that goal. As stated by Lamer C.J. in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at pp. 635-36:

An accused has the right to remain silent during his or her trial. However, if an accused chooses to take the stand, that accused is implicitly vouching for his or her credibility. Such an accused, like any other witness, has therefore opened the door to having the trustworthiness of his/her evidence challenged. An interpretation of s.13 which insulates such an accused from having previous inconsistent statements put to him/her on cross-examination where the only purpose of doing so is to challenge that accused's credibility, would, in my view, "stack the deck" too highly in favour of the accused.

This logic applies to all previously-made inconsistent statements of an accused, including inadmissible confessions. While the common law confessions rule has developed in a way that does not permit inadmissible confessions to be used to impeach credibility, Parliament has the power to alter the common law. It was therefore open to Parliament, absent constitutional impermissibility, to enact that all "protected statements" under s. 672.21, including inadmissible confessions, can be used to challenge the accused's credibility if he or she takes the stand to tell a different story.

témoignage aux fins d'incrimination et la référence à ce témoignage aux fins de mise en doute de la crédibilité. La common law reconnaît depuis longtemps que, lorsqu'un accusé met sa crédibilité en cause en se présentant à la barre, toute une gamme d'éléments de preuve qui ne sont pas normalement admissibles le deviennent pour attaquer sa crédibilité. Cette situation n'est ni inéquitable ni injuste. En effet, l'accusé choisit alors, sous serment, de présenter au tribunal une certaine version des événements, qu'il lui demande de croire. Ce faisant, l'accusé ouvre la porte aux attaques contre la fiabilité de son témoignage au moyen de déclarations contradictoires. La découverte de la vérité est un objectif important des procès criminels. Permettre au ministère public de contre-interroger un témoin en se référant à d'autres versions des événements qu'a données ce dernier contribue à la réalisation de cet objectif. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, aux pp. 635 et 636:

Un accusé a le droit de garder le silence pendant son procès. Toutefois, si l'accusé choisit de témoigner, c'est qu'il se porte implicitement garant de sa crédibilité. Cet accusé, tout comme n'importe quel autre témoin, ouvre donc la porte aux attaques contre la fiabilité de son témoignage. Interpréter l'art. 13 de façon à protéger l'accusé contre un contre-interrogatoire portant sur ses déclarations antérieures incompatibles aux seules fins d'attaquer sa crédibilité, équivaudrait, à mon avis, à trop «fausser la donne» en faveur de l'accusé.

Cette logique s'applique à toutes les déclarations antérieures incompatibles faites par un accusé, y compris les confessions inadmissibles. Bien que la règle de common law relative aux confessions ait évolué de telle façon qu'elle ne permet pas l'utilisation des confessions inadmissibles pour attaquer la crédibilité de leur auteur, le législateur a le pouvoir de modifier la common law. Il lui était donc loisible, en l'absence d'interdiction constitutionnelle, d'édicter que toutes les «déclarations protégées» visées par l'art. 672.21, y compris les confessions inadmissibles, peuvent être utilisées pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé qui se présente à la barre et relate une version différente des faits.

72

I conclude that reading s. 672.21(3)(f) as including inadmissible confessions, far from conflicting with Parliament's goals, furthers them. The Crown is prohibited from using any statement in a court-ordered assessment as incriminating evidence against the accused. It cannot tender it as a confession. It cannot put it in as part of its case against the accused. At the same time, if the accused chooses to take the stand in his or her defence and tell a different story than that he or she told during his or her assessment, the Crown can use the statement to challenge his or her credibility. The statement, unless affirmed by the accused, does not become evidence against the accused. The judge cannot use it as part of the material upon which he or she bases a conviction. But the judge can use it to assist in assessing the accused's credibility if the accused testifies in an inconsistent manner at trial.

Je conclus que, loin d'aller à l'encontre des objectifs visés par le législateur, le fait de donner à l'al. 672.21(3)f) une interprétation qui inclut les confessions inadmissibles favorise plutôt la réalisation de ces objectifs. Il est interdit au ministère public d'utiliser comme preuve incriminante contre l'accusé toute déclaration faite au cours d'une évaluation ordonnée par le tribunal. Il ne peut déposer cette déclaration en preuve en tant que confession. Il ne peut l'inclure dans sa preuve contre l'accusé. Par ailleurs, si l'accusé choisit de témoigner pour sa défense et relate une version des faits différente de celle qu'il a donnée au cours de son évaluation, le ministère public peut alors utiliser la déclaration pour mettre en doute sa crédibilité. À moins qu'elle ne soit confirmée par l'accusé, cette déclaration ne devient pas un élément de preuve contre lui. Le juge ne peut en faire un des éléments sur lesquels il fonde la déclaration de culpabilité. Toutefois, il peut s'en servir pour apprécier la crédibilité de l'accusé si, au procès, ce dernier rend un témoignage incompatible.

73

The rules of statutory interpretation that each part of an enactment must be given full credit and that absurdity be avoided, also support this interpretation. In s. 672.21 Parliament has set up a general rule and carefully enunciated exceptions to it. In order to accept the position of the defence and Bastarache J., it is necessary to conclude that Parliament intended to enact yet another exception — the inadmissible confessions exception — but neglected to do so. The argument seems to be that Parliament saw no need to explicitly expound this exception, as it already existed at common law. It does not seem reasonable to me that Parliament, having carefully considered the need for a general rule and what exceptions there should be to that rule, should be assumed to have overlooked the confessions rule that bulks so large in criminal law in crafting its clearly articulated exception in s. 672.21(3)(f).

Cette interprétation trouve également appui dans les règles d'interprétation législative précisant qu'il faut donner plein effet à chaque partie d'un texte de loi et éviter les absurdités. À l'article 672.21, le législateur a établi une règle générale, qu'il a soigneusement assortie d'exceptions. Pour accepter la position préconisée par la défense et par le juge Bastarache, il est nécessaire de conclure que le législateur entendait édicter une exception additionnelle — visant les confessions inadmissibles —, mais qu'il a négligé de le faire. L'argument semble être que le législateur n'a pas vu la nécessité de formuler expressément cette exception, puisqu'elle existait déjà en common law. Il ne me semble pas raisonnable de présumer que, après avoir soigneusement examiné le besoin d'établir une règle générale et les exceptions dont elle devrait être assortie, le législateur aurait oublié la règle des confessions — qui occupe une place si importante en droit criminel — lorsqu'il a rédigé son exception clairement formulée à l'al. 672.21(3)f).

74

The argument is also advanced that to interpret s. 672.21(3)(f) as permitting the statement to be

On avance également l'argument que le fait de considérer que l'al. 672.21(3)f) permet l'utilisation

used to challenge the accused's credibility violates the accused's constitutional rights. Applying the principle of interpretation that where an ambiguous statute permits two meanings, one constitutional and the other not, the court should choose the constitutional meaning, it is argued that s. 672.21(3)(f) should be read as not applying to inadmissible confessions.

I find this principle of little assistance in the case at bar. It applies only where the statutory provision is ambiguous, in the sense of being capable of being read in two ways. It cannot apply in the case at bar since s. 672.21(3)(f), considered on its words and in light of Parliament's stated intention, is not ambiguous. The section is quite clear — protected statements cannot be used in evidence against the accused but can, exceptionally, be used to challenge the accused's credibility where the accused takes the stand and tells a different story. It seems to me the *Slaight* rule of interpretation does not go so far as to entitle the Court to rewrite an unchallenged and unambiguous statutory provision under the guise of statutory interpretation.

In my view, this is sufficient to resolve this point. Absent ambiguity or a constitutional challenge, s. 672.21(3)(f) should be read as its words, confirmed by Parliament's purpose, suggest. However, as Bastarache J. suggest that this result would be unconstitutional, it may be appropriate to point out some of the problems I see with my colleague's assertion.

Bastarache J.'s reasoning appears to follow these lines: (1) the common law confessions rule does not permit inadmissible confessions or statements derived therefrom to be used to impeach an accused's credibility; (2) certain aspects of the common law confessions rule have been "constitutionalized"; (3) to permit inadmissible confessions or statements derived therefrom to be used to chal-

de la déclaration pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé porte atteinte aux droits garantis à ce dernier par la Constitution. Appliquant le principe d'interprétation selon lequel lorsqu'une loi ambiguë est susceptible de deux interprétations — l'une valide sur le plan constitutionnel et l'autre non — le tribunal doit retenir celle qui est valide, on plaide que l'al. 672.21(3)f) doit être interprété comme ne s'appliquant pas aux confessions inadmissibles.

J'estime que ce principe est peu utile en l'espèce. Il s'applique seulement lorsque la disposition législative en cause est ambiguë, c'est-à-dire lorsqu'elle est susceptible de deux interprétations. Ce principe ne peut pas s'appliquer dans le présent cas puisque, à la lumière de son texte même et de l'intention exprimée du législateur, l'al. 672.21(3)f) n'est pas ambigu. Cette disposition est très claire: les déclarations protégées ne peuvent pas être utilisées en preuve contre l'accusé, mais elles peuvent, exceptionnellement, être utilisées pour mettre en doute sa crédibilité lorsqu'il se présente à la barre et donne une version différente des faits. Il me semble que la règle d'interprétation établie dans l'arrêt *Slaight* ne va pas jusqu'à autoriser la Cour à récrire, sous couleur de l'interpréter, une disposition législative non contestée et non ambiguë.

À mon avis, cela est suffisant pour disposer de ce point. En l'absence d'ambiguïté ou de contestation d'ordre constitutionnel, l'al. 672.21(3)f) devrait recevoir l'interprétation qui ressort de son texte et qui est confirmée par l'objectif du législateur. Cependant, étant donné que le juge Bastarache suggère que ce résultat serait inconstitutionnel, il pourrait être utile que je signale certains des problèmes que je vois dans l'affirmation de mon collègue.

Le raisonnement du juge Bastarache semble s'articuler ainsi: (1) la règle de common law relative aux confessions n'autorise pas l'utilisation des confessions inadmissibles ou des déclarations qui en sont dérivées pour attaquer la crédibilité d'un accusé; (2) certains aspects de la règle de common law relative aux confessions ont été «constitutionalisés»; (3) le fait de permettre que les confes-

75

76

77

lence credibility runs counter to these aspects and is therefore unconstitutional.

sions inadmissibles ou les déclarations qui en sont dérivées soient utilisées pour mettre en doute la crédibilité est incompatible avec ces aspects et est, par conséquent, inconstitutionnel.

78

The first premise in this syllogism is correct; the common law confessions rule does not permit inadmissible confessions to be used to impeach credibility. If the accused's statement was found to be an inadmissible confession, a finding I reject, outside of the impugned statutory regime, it could not be used to challenge the accused's credibility.

La première prémisse de ce syllogisme est correcte; la règle de common law relative aux confessions n'autorise pas l'utilisation des confessions inadmissibles pour attaquer la crédibilité de l'accusé. Si la déclaration de l'accusé était jugée être une confession inadmissible — conclusion que je rejette — en dehors du régime législatif contesté, elle ne pourrait pas être utilisée pour mettre en doute sa crédibilité.

79

I cannot, however, concur in the second premise of this argument. While aspects of the common law confessions rule have been "constitutionalized" (if that is an appropriate term), we must be clear on what this means. There is a distinction between a right which is "constitutionalized", and the consequences that flow from a breach of that right. The fact that a statement was obtained in breach of a constitutional right, specifically the right not to incriminate oneself, does not automatically render any subsequent use of the statement unconstitutional. Such a proposition would run counter to the *Charter*, which excludes evidence obtained in violation of *Charter* rights only "if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute": s. 24(2). For this reason, the Court in *Hebert, supra*, considering a confession obtained in violation of s. 7, went on to consider whether the constitutional breach rendered the statement inadmissible under s. 24(2). In that case, the statement was sought to be tendered as Crown evidence against the accused. The Court concluded that the statement at issue had been taken in violation of the accused's right not to incriminate himself because the accused had been denied his right to choose whether to make the statement or not. Going on to s. 24(2), it held that the statement could not be used as evidence against the accused for the truth of its contents. But this does not mean that all uses of the statement would necessarily have been unconstitutional. While *Hebert, supra*,

Je ne peux cependant pas souscrire à la seconde prémisse de cet argument. Bien que certains aspects de la règle de common law relative aux confessions aient été «constitutionnalisés» (si ce terme convient), il faut cependant être bien clair sur ce que cela signifie. Il y a une distinction entre un droit qui est «constitutionnalisés» et les conséquences qui découlent d'une atteinte à ce droit. Le fait qu'une déclaration ait été obtenue en violation d'un droit reconnu par la Constitution, en l'occurrence le droit de ne pas s'incriminer, ne rend pas automatiquement inconstitutionnelle toute utilisation subséquente de cette déclaration. Une telle proposition irait à l'encontre de la *Charte*, qui écarte les éléments de preuve obtenus en violation des droits qu'elle garantit seulement «s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice»: par. 24(2). Voilà pourquoi notre Cour, dans *Hebert, précité*, examinant une confession obtenue en violation de l'art. 7, s'est demandé si la violation de la Constitution rendait la déclaration inadmissible en vertu du par. 24(2). Dans cette affaire, où le ministère public voulait déposer la déclaration en preuve contre l'accusé, notre Cour a conclu que la déclaration en cause avait été recueillie en violation du droit de l'accusé de ne pas s'incriminer, car on lui avait refusé le droit de choisir de faire ou non la déclaration. Examinant ensuite l'application du par. 24(2), elle a conclu que la déclaration ne pouvait pas être invoquée contre l'accusé pour faire foi de son contenu. Toutefois, cela ne signifie pas que toute utilisation de

and *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, constitutionalized aspects of the common law confessions rule, they did not endorse a constitutional right to be completely sheltered from all possible uses of inadmissible confessions as an inexorable remedy. Put in terms of this case, we cannot infer from the fact the accused holds a constitutional right to choose not to incriminate himself, that it is necessarily unconstitutional for Parliament to enact legislation that permits the use of such statements for the limited purpose of challenging credibility where the accused chooses to take the stand and ask the trier of fact to believe a different version of the events.

The aspect of the confessions rule that is constitutionally protected is the right under s. 7 of the *Charter* not to incriminate oneself. This right has been interpreted as being the right to choose whether to make a statement to authorities or not. The consequences of a breach of that right fall to be decided under s. 24 of the *Charter* by assessing whether the use of the statement will bring the administration of justice into disrepute. If situations arise where such use requires exclusion under s. 24(2) they may be addressed on the facts of the case at issue. This does not support the conclusion that Parliament is generally prohibited from permitting the use of protected statements, including inadmissible confessions, to challenge the accused's credibility.

The comments of Iacobucci J. in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 45, underscore this point:

That the principle against self-incrimination does have the status as an overarching principle does not imply that the principle provides absolute protection for an accused against all uses of information that has been compelled by statute or otherwise. The residual protections provided by the principle against self-incrimination as contained in s. 7 are specific, and contextually-sensitive. This point was made in *Jones, supra*, at

la déclaration aurait nécessairement été inconstitutionnelle. Bien que les arrêts *Hebert*, précité, et *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, aient constitutionnalisés certains aspects de la règle de common law relative aux confessions, ils n'ont pas souscrit à l'existence, en tant que réparation inexorable, d'un droit constitutionnel protégeant les accusés contre toutes utilisations possibles d'une confession inadmissible. Dans le contexte du présent pourvoi, nous ne pouvons inférer du fait que l'accusé possède le droit constitutionnel de choisir de ne pas s'incriminer qu'il est nécessairement inconstitutionnel pour le législateur d'édicter une disposition législative autorisant l'utilisation de telles déclarations à seule fin de mettre en doute la crédibilité de l'accusé qui choisit de se présenter à la barre et qui demande au juge des faits de croire une version différente des événements.

L'aspect de la règle des confessions qui bénéficie de la protection de la Constitution est le droit de ne pas s'incriminer, que garantit l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit a été interprété comme étant le droit de choisir de faire ou non une déclaration aux autorités. Les conséquences d'une atteinte à ce droit sont déterminées par application de l'art. 24 de la *Charte*, c'est-à-dire en décidant si l'utilisation de la déclaration en cause est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas où une telle utilisation d'une déclaration commande d'écarter celle-ci en vertu du par. 24(2) peuvent être décidés à la lumière des faits qui leur sont propres. Cela ne permet pas de conclure qu'il est généralement interdit au législateur de permettre l'utilisation de déclarations protégées, y compris les confessions inadmissibles, pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé.

Les commentaires suivants du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, au par. 45, font bien ressortir ce point:

Le fait que le principe interdisant l'auto-incrimination a effectivement le statut de principe prépondérant ne signifie pas que ce principe fournit à l'accusé une protection absolue contre toute utilisation des renseignements dont la divulgation a été forcée en vertu de la loi ou d'une autre manière. Les protections résiduelles qui découlent du principe interdisant l'auto-incrimination et que contient l'art. 7 sont précises et varient selon le

p. 257, *per Lamer C.J.*, and in *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 96-100, *per Iacobucci J.*, where it was explained that the parameters of the right to liberty can be affected by the context in which the right is asserted. The principle against self-incrimination demands different things at different times, with the task in every case being to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue. See also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per La Forest J.*

contexte. Cela ressort des arrêts *Jones*, précité, à la p. 257, le juge en chef Lamer, et *S. (R.J.)*, précité, aux par. 96 à 100, le juge Iacobucci, où il est expliqué que les paramètres du droit à la liberté peuvent varier selon le contexte dans lequel le droit est invoqué. Le principe interdisant l'auto-incrimination exige différentes choses à différents moments, la tâche dans chaque affaire étant de déterminer avec précision ce que le principe exige, s'il y a lieu, dans le contexte particulier en cause. Voir aussi *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361, le juge La Forest.

82

We cannot therefore infer from the fact that a confession is obtained in breach of the accused's right not to incriminate himself, that it is unconstitutional to use the confession to impeach the accused's credibility. On the contrary, the use of statements otherwise inadmissible for purpose of challenging credibility was upheld as constitutional in *Kuldip*, *supra*. There is no reason to assume that the use of statements derived from confessions for the same purpose under s. 672.21(3)(f) would be unconstitutional. It follows that there is no basis for suggesting that s. 672.21(3)(f), read exhaustively, is constitutionally suspect. Accordingly, even if the provision were ambiguous, I would find the presumption of validity embodied in *Slaight*, *supra*, of no application.

Nous ne pouvons donc pas inférer du fait qu'une confession a été obtenue en violation du droit de l'accusé de ne pas s'incriminer qu'il est inconstitutionnel d'utiliser cette confession pour attaquer la crédibilité de ce dernier. Au contraire, la constitutionnalité de l'utilisation de déclarations par ailleurs inadmissibles dans le but de mettre en doute la crédibilité de l'accusé a été confirmée dans l'arrêt *Kuldip*, précité. Il n'y a aucune raison de présumer qu'il serait inconstitutionnel d'utiliser pour la même fin en vertu de l'al. 672.21(3)f) des déclarations dérivées de confessions. Il s'ensuit que rien ne permet d'affirmer que la constitutionnalité de l'al. 672.21(3)f), considéré dans son ensemble, est douteuse. Par conséquent, même si cette disposition était ambiguë, je conclurais que la présomption de validité énoncée dans l'arrêt *Slaight*, précité, ne s'applique pas.

83

I readily acknowledge that this argument requires us to accept that the common law may not be perfectly congruent with *Charter* protection. I see nothing anomalous in this. Common law principles, even those that reflect *Charter* values, may in their details offer more protection than the *Charter* guarantees. The *Charter* sets out minimum standards to which the common law and statute law must conform. It does not preclude the common law and statute law from offering additional protection. There is therefore nothing exceptional in the fact that the common law confessions rule offers protection against uses of involuntary confessions that is not incorporated in s. 7 of the *Charter*.

Je reconnais volontiers que cet argument exige que nous acceptions que la protection reconnue par la common law puisse ne pas coïncider parfaitement avec celle reconnue par la *Charte*. Je ne vois rien d'anormal dans cette situation. Les principes de common law, même ceux qui correspondent aux valeurs exprimées par la *Charte*, peuvent, dans leurs particularités, offrir une protection plus grande que les garanties reconnues par la *Charte*. La *Charte* établit des normes minimales auxquelles la common law et le droit écrit doivent se conformer. Elle ne les empêche pas d'offrir une protection additionnelle. Il n'y a donc rien d'exceptionnel à ce que la règle de common law relative aux confessions accorde, contre l'utilisation des confessions involontaires, une protection qui n'est pas incorporée dans l'art. 7 de la *Charte*.

I conclude that the limited use exception set out in s. 672.21(3)(f) is properly interpreted as applying to all “protected statements”, including inadmissible confessions. It follows that the trial judge did not err in using the statement for purposes of credibility.

I would allow the appeal and reinstate the conviction.

*Appeal dismissed, L’HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Maurice Galarneau, Montréal; Caroline Vallières, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the respondent: Malo & Associés, Joliette.*

Je conclus qu’il est bien fondé de considérer que l’exception limitée en matière d’utilisation prévue par l’al. 672.21(3)f) s’applique à toutes les «déclarations protégées», y compris les confessions inadmissibles. Il s’ensuit que le juge du procès n’a pas commis d’erreur en utilisant la déclaration afin d’apprécier la crédibilité de l’accusé.

J’accueillerais le pourvoi et rétablirais la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté, les juges L’HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelante: Maurice Galarneau, Montréal; Caroline Vallières, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l’intimé: Malo & Associés, Joliette.*

84

85

**Patricia Carolyn Hickey** *Appellant*

v.

**Walter Donald Hickey** *Respondent*

INDEXED AS: HICKEY v. HICKEY

File No.: 26430.

Hearing and judgment: February 18, 1999.

Reasons delivered: June 10, 1999.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Family law — Support — Variation of spousal and child support — Objectives of spousal support and variation orders — Effects of inflation — Motions judge's award varied on appeal — Approach to be taken by appellate courts in reviewing spousal and child support orders — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(1), (4), (7), (8).*

The respondent brought a motion to vary a child support order to delete support for his daughter, who had ceased living with her mother. The appellant consented but applied for an increase in spousal support and child support for the child remaining at home. The motions judge removed support for the daughter, maintained child support at the same amount even though it was now only for one child and increased the amount of spousal support. The Court of Appeal reduced the amount awarded for child support and found the original amount for spousal support to be sufficient. At issue here was the approach to be taken by appellate courts in reviewing spousal and child support orders and the principles for varying those orders. Both parties agreed that the applicable law in this case was the *Divorce Act* as it stood at the time of the trial judge's order.

**Patricia Carolyn Hickey** *Appelante*

c.

**Walter Donald Hickey** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: HICKEY c. HICKEY

N° du greffe: 26430.

Audition et jugement: 18 février 1999.

Motifs déposés: 10 juin 1999.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit de la famille — Pension alimentaire — Modification de la pension alimentaire du conjoint et des enfants — Objectifs des ordonnances alimentaires rendues au profit du conjoint et des ordonnances modificatives — Effets de l'inflation — Modification en appel de l'ordonnance alimentaire rendue par le juge saisi de la requête — Approche que doivent adopter les cours d'appel appelées à réviser les ordonnances alimentaires au profit du conjoint et des enfants — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 17(1), (4), (7), (8).*

L'intimé a présenté une requête en modification d'une ordonnance alimentaire au profit des enfants afin d'obtenir la suppression de la pension alimentaire payée à sa fille qui n'habitait plus avec sa mère. L'appelante y a consenti mais elle a demandé une augmentation de la pension alimentaire versée pour elle-même et pour l'enfant qui vivait encore au foyer. Le juge saisi de la requête a supprimé la pension alimentaire versée à la fille, a maintenu la pension alimentaire pour enfants au même montant, même si elle ne concernait plus qu'un seul enfant, et a augmenté le montant de la pension alimentaire du conjoint. La Cour d'appel a réduit le montant de la pension alimentaire pour enfants et a conclu que le montant initialement fixé pour la pension alimentaire du conjoint était suffisant. La question en litige en l'espèce porte sur l'approche que doivent adopter les cours d'appel appelées à réviser les ordonnances alimentaires rendues au profit du conjoint et des enfants et sur les principes applicables à la modification de ces ordonnances. Les deux parties ont convenu que la loi applicable en l'espèce est la *Loi sur le divorce* en vigueur à la date de l'ordonnance rendue par le juge saisi de la requête.

*Held:* The appeal should be allowed.

Appeal courts should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong. This standard recognizes that the trial judge can best appreciate the facts and exercise the discretion involved in making support orders, avoids giving parties an incentive to appeal judgments and incur added expenses and promotes finality in family law litigation. An appeal court is not entitled to overturn a support order simply because it would have made a different decision or balanced the factors differently.

Before varying support, the court must satisfy itself that there has been a change as set out in s. 17(4) of the Act. The change must be material, and not trivial or insignificant. If the threshold is met, the court must then consider the factors for determining what will be contained in the variation order. In the case of child support, increased means of the payor spouse, inflation and the increased needs of a child as he or she grows older constitute a material change and justify an upward variation of the amount of support.

In making or varying spousal support orders, the exercise of judicial discretion must be guided by all four objectives set out in the *Divorce Act*. These objectives reflect the principle that the economic consequences of marriage and of the separation and divorce should be equitably shared between the parties. No single model of spousal support is imposed. Inflation constitutes a material change justifying a variation in spousal support. An upward adjustment to compensate for an increase in the cost of living accords with the objectives of variation orders set out in s. 17(7) of the Act. Therefore, there was no error in the motions judge's reasons.

#### Cases Cited

**Referred to:** *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670; *Walker v. Walker* (1992),

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Les cours d'appel ne doivent infirmer les ordonnances alimentaires que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée. Cette norme reconnaît que le juge de première instance est le mieux placé pour apprécier les faits et exercer le pouvoir discrétionnaire qu'implique le prononcé d'une ordonnance alimentaire. On dissuade ainsi les parties d'interjeter appel du jugement et d'engager des frais supplémentaires, tout en favorisant la finalité des affaires en matière familiale. Les cours d'appel ne peuvent pas infirmer une ordonnance alimentaire pour le seul motif qu'elles auraient rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment.

Avant de modifier la pension alimentaire, la cour doit s'assurer qu'est survenu un changement visé au par. 17(4) de la Loi. Le changement doit être important, et non pas négligeable ou insignifiant. Si cette condition préalable est remplie, la cour doit alors examiner les facteurs permettant de définir le contenu de l'ordonnance modificative. En ce qui concerne la pension alimentaire pour enfants, l'augmentation des ressources du débiteur alimentaire, l'inflation et l'accroissement des besoins des enfants au fur et à mesure qu'ils grandissent constituent des changements importants et justifient une modification à la hausse du montant de la pension alimentaire.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge appelé à rendre ou à réviser une ordonnance alimentaire au profit du conjoint doit être guidé par les quatre objectifs énoncés dans la *Loi sur le divorce*. Ces objectifs reflètent le principe selon lequel les conséquences économiques du mariage, de la séparation et du divorce devraient être équitablement réparties entre les parties. Aucun modèle unique n'est imposé pour ce qui est de la pension alimentaire du conjoint. L'inflation constitue un changement important justifiant la modification de la pension alimentaire du conjoint. Une modification à la hausse tenant compte de l'augmentation du coût de la vie est compatible avec les objectifs des ordonnances modificatives énoncés au par. 17(7) de la Loi. Par conséquent, les motifs du juge saisi de la requête ne comportaient aucune erreur.

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670; *Walker c. Walker*

12 B.C.A.C. 137; *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420; *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147; *Winsor v. Winsor* (1992), 8 O.R. (3d) 433; *France v. France* (1987), 44 Man. R. (2d) 238; *Jayatilaka v. Roussel* (1991), 174 N.B.R. (2d) 204.

#### Statutes and Regulations Cited

*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(1)(a), (4), (7), (8).

#### Authors Cited

Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1997), 123 Man. R. (2d) 139, 159 W.A.C. 139, 32 R.F.L. (4th) 193, [1997] M.J. No. 536 (QL), allowing an appeal from a judgment of Kennedy J. varying an order for child and spousal support. Appeal allowed.

*Randall A. Horton*, for the appellant.

*Leonard Levencrown*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal addresses the approach to be taken by appellate courts in reviewing spousal support and child support orders made at trial, and the principles of variation of spousal and child support orders. At the conclusion of the oral hearing, the appeal was allowed from the Bench, with reasons to follow. These are those reasons.

#### I. Factual Background

<sup>2</sup> Patricia Hickey and Walter Hickey were married in December of 1971. They had two children: Susan, born in 1977, and Walter, born in 1980. They separated in April of 1986, and entered into a separation agreement in July of that year. Under the agreement, the appellant gained sole custody of the two children of the marriage. The separation agreement provided for spousal support in the

(1992), 12 B.C.A.C. 137; *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420; *Ross c. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147; *Winsor c. Winsor* (1992), 8 O.R. (3d) 433; *France c. France* (1987), 44 Man. R. (2d) 238; *Jayatilaka c. Roussel* (1991), 174 N.B.R. (2d) 204.

#### Lois et règlements cités

*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 17(1)a), (4), (7), (8).

#### Doctrine citée

Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1997), 123 Man. R. (2d) 139, 159 W.A.C. 139, 32 R.F.L. (4th) 193, [1997] M.J. No. 536 (QL), accueillant l'appel interjeté contre un jugement du juge Kennedy qui a modifié une ordonnance alimentaire rendue au profit du conjoint et des enfants. Pourvoi accueilli.

*Randall A. Horton*, pour l'appelante.

*Leonard Levencrown*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi porte tant sur l'approche que doivent adopter les cours d'appel appelées à réviser les ordonnances alimentaires rendues en première instance en faveur du conjoint et des enfants que sur les principes applicables à la modification de ces ordonnances. Notre Cour a accueilli le pourvoi séance tenante, motifs à suivre. Voici donc ces motifs.

#### I. Les faits

Mariés en décembre 1971, Patricia Hickey et Walter Hickey ont eu deux enfants: Susan, née en 1977, et Walter, né en 1980. Ils se sont séparés en avril 1986 et ont conclu une entente de séparation en juillet de la même année. Cette entente accordait à l'appelante la garde exclusive des deux enfants ainsi qu'une pension alimentaire de 1 000 \$ par mois pour elle-même et de 750 \$ par

amount of \$1,000 per month, and child support in the amount of \$750 per month per child. It also divided the assets of the parties between them, and each party received over \$250,000 worth of assets. The assets of both parties have significantly increased in value since that time. The separation agreement contained a provision permitting either party to apply for variation in the event of a material change in circumstances affecting, *inter alia*, the needs of the children, the financial needs of either the husband or the wife, or the financial resources of either the husband or the wife. The parties divorced on January 12, 1987, and the amounts of spousal support and child support, among other aspects of the agreement, were incorporated into the terms of an order for corollary relief. This case was consequently governed by the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.).

Susan ceased living with her mother in March of 1996. At that time, the respondent brought a motion to vary the order to delete support for Susan. The appellant consented to the removal of Susan from the support order, but applied for an increase in spousal support, and in the amount of child support for Walter. This motion was heard before Kennedy J., who maintained child support at \$1,500 per month, though the amount was now only for Walter, and raised the amount of spousal support to \$1,300 per month.

Before the marriage, the appellant worked as a legal secretary, and continued to work in that occupation until shortly before becoming pregnant with Susan. From that point on, the parties agreed that the appellant should remain at home to care for the children and the household during the marriage. The respondent developed and managed the parties' business, Polar Bear Rubber Ltd., which was quite successful both during and after the marriage. In the separation agreement, the respondent received all the shares in this company.

After the parties' separation, the appellant worked as a legal secretary, and then returned to university, where she trained as a nutritionist. She has attempted to operate a small business in this

mois pour chaque enfant. L'entente divisait les actifs des époux et chacun a reçu une part équivalente à plus de 250 000 \$. La valeur de ces actifs a beaucoup augmenté depuis. L'entente de séparation contenait une clause autorisant l'une ou l'autre des parties à demander une modification advenant un changement important dans leur situation, notamment en ce qui a trait aux besoins des enfants ou aux besoins ou ressources du mari ou de la femme. Le couple a divorcé le 12 janvier 1987 et les montants des pensions alimentaires de l'appelante et des enfants, entre autres modalités de l'entente, ont été incorporés dans le texte d'une ordonnance accessoire. Cette cause est donc régie par la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.).

Susan a cessé de vivre avec sa mère en mars 1996. L'intimé a alors présenté une requête en modification de l'ordonnance afin d'annuler la pension alimentaire de Susan. L'appelante a consenti à ce que Susan ne soit plus visée par l'ordonnance alimentaire, mais elle a demandé la majoration de sa pension alimentaire et de la pension alimentaire payable à Walter. Cette requête a été entendue par le juge Kennedy, qui a maintenu la pension alimentaire pour enfants à 1 500 \$ par mois, même si cette somme ne concernait plus que Walter, et a porté le montant des aliments payables à l'appelante à 1 300 \$ par mois.

Avant son mariage, l'appelante était secrétaire juridique. Elle a cessé d'occuper cet emploi peu de temps avant de devenir enceinte de Susan. Les époux ont convenu qu'à partir de ce moment l'appelante resterait à la maison pour s'occuper des enfants et du foyer durant le mariage. L'intimé a fondé et géré l'entreprise du couple, Polar Bear Rubber Ltd., qui a été très prospère aussi bien pendant qu'après le mariage. L'entente de séparation accordait à l'intimé toutes les actions de l'entreprise.

Après la séparation, l'appelante a travaillé comme secrétaire juridique, puis elle est retournée à l'université où elle a suivi une formation de nutritionniste. Elle a tenté d'exploiter une petite

3

4

5

field, but has earned a relatively small income from it. The appellant's income is slightly lower than it was in 1987. In 1995, she earned \$33,342, of which \$30,000 comprised spousal and child support. The respondent's income has more than doubled since the time of separation, when he earned approximately \$100,000. In 1995, he earned \$218,997.34. The motions judge found that, overall, the financial resources of both parties had increased since the time of the separation agreement, although the respondent's position had increased disproportionately.

## II. Relevant Statutory Provisions

6 *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.):

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses; . . .

. . .

(4) Before the court makes a variation order in respect of a support order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage for whom support is or was sought occurring since the making of the support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration that change.

. . .

(7) A variation order varying a support order that provides for the support of a former spouse should

(a) recognize any economic advantages or disadvantages to the former spouses arising from the marriage or its breakdown;

(b) apportion between the former spouses any financial consequences arising from the care of any child of the marriage over and above the obligation apportioned between the former spouses pursuant to subsection (8);

entreprise dans ce domaine, mais cela s'est révélé assez peu rentable. Le revenu de l'appelante est légèrement inférieur à celui qu'elle gagnait en 1987. En 1995, son revenu s'élevait à 33 342 \$, dont 30 000 \$ provenait de la pension alimentaire pour elle et les enfants. Au moment de la séparation, l'intimé avait un revenu de 100 000 \$ qui a plus que doublé depuis. En 1995, il gagnait 218 997,34 \$. Le juge de première instance a conclu que, dans l'ensemble, les ressources financières des ex-époux avaient augmenté depuis la conclusion de l'entente de séparation, encore que la situation de l'intimé se soit améliorée de manière disproportionnée.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.):

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir:

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

. . .

(4) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge pour qui des aliments sont ou ont été demandés, depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

. . .

(7) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit de l'ex-époux vise:

a) à prendre en compte les avantages ou inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec;

b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin des enfants à charge, en sus de l'obligation financière dont il est question au paragraphe (8);

(c) relieve any economic hardship of the former spouses arising from the breakdown of the marriage; and

(d) in so far as practicable, promote the economic self-sufficiency of each former spouse within a reasonable period of time.

(8) A variation order varying a support order that provides for the support of a child of the marriage should

(a) recognize that the former spouses have a joint financial obligation to maintain the child; and

(b) apportion that obligation between the former spouses according to their relative abilities to contribute to the performance of the obligation.

### III. Judgments

#### A. *Manitoba Court of Queen's Bench, Family Division* (unreported)

Kennedy J. delivered oral reasons on the motion to vary. He noted that there was an equal division of assets between the parties at the time of separation, but that he also had to take account of the post-marriage financial successes of the parties. He also emphasized that these increases in means were not the only factor affecting changes in the support orders. He noted that both parties were relatively well off, and that both had improved their financial position since separation, though not in the same proportion. Kennedy J. stated that the parties had settled the relevant issues by making a separation agreement, and that he respected the integrity of it and did not interfere with it lightly. He held that he was satisfied that there was a change in circumstances, noting that Susan had moved out of the home and no longer fell under the definition of "child of the marriage", and that the cost of living had increased. It was ordered that the total amount of child support should remain at \$1,500 per month, though Susan was dropped from the order and support for Walter was increased from \$750 per month to \$1,500 per month. He held that this was because the amount had not been changed throughout the life of the agreement, and children's needs increase as they get older. He also emphasized that the child should be entitled to share in the increase of his father's income. He noted that since the government's child support

c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause;

d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

(8) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un enfant à charge vise:

a) à prendre en compte l'obligation financière commune des ex-époux de subvenir aux besoins de l'enfant;

b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources.

### III. Les jugements

#### A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba, Division de la famille* (non publié)

Le juge Kennedy a rendu oralement son jugement sur la requête en modification. Il a fait remarquer que les actifs avaient été répartis également entre les ex-époux au moment de la séparation, mais qu'il devait aussi tenir compte de la prospérité matérielle des ex-époux après la séparation. Il a, en outre, souligné que cet accroissement des ressources n'était qu'un facteur à considérer dans la modification des ordonnances alimentaires. Il a noté que les ex-époux étaient relativement bien nantis, que leur situation financière respective s'était améliorée depuis la séparation, mais non dans la même proportion, et que les questions pertinentes avaient été réglées dans l'entente de séparation dont il avait respecté l'intégrité en ne la modifiant pas à la légère. Il a déclaré qu'il était convaincu qu'un changement était survenu: en l'occurrence Susan avait quitté la maison et n'était plus visée par la définition d'«enfant à charge», et le coût de la vie avait augmenté. Il a confirmé le montant total de la pension alimentaire pour enfants à 1 500 \$ par mois, même si Susan n'était plus visée par l'ordonnance, et en conséquence, la pension de Walter est passée de 750 \$ à 1 500 \$ par mois, au motif que le montant de la pension alimentaire n'avait pas été majoré depuis la conclusion de l'entente et que les besoins des enfants augmentent au fur et à mesure qu'ils grandissent. Il a également insisté sur le fait qu'un enfant devait

guidelines were not in effect at the time, he would not comment on them or apply them. With respect to spousal support, he found that the increase in the cost of living also constituted a change in circumstances, and increased the spousal support payable from \$1,000 to \$1,300 per month. He declined to place a termination date on spousal support. Mr. Hickey appealed this decision to the Manitoba Court of Appeal.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1997), 123 Man. R. (2d) 139

8

The reasons of the panel consisting of himself, Philp and Monnin J.J.A. were delivered by Huband J.A. He observed that although it was reasonable for the wife to seek an increase based upon inflation and the fact that the husband's income had increased, Kennedy J.'s order doubling the amount of child support was a "reflex reaction". Holding that inflation was less than 100%, and that there were no other reasons to increase support, maintenance for Walter was set at \$900 per month. He noted that it was the court's view that changes in relation to taxation of child support should have no effect because the order of the court was retroactive to the date of Kennedy J.'s order, which predated the changes in income tax legislation. Huband J.A. also held that there was no justification for the increase in spousal support. He found that Patricia Hickey was provided with an "equitable share" of the parties' assets, and that they had increased in value since the date of separation. The court emphasized, at p. 141, that "[s]he is of an age where she is capable of earning an income, and she is equipped to do so by training and education." Huband J.A. concluded that in the court's view the original amount of spousal support remained sufficient. For these reasons, the appeal was allowed, the motions judge's order of child support was reduced to \$900 per month, and the amount of spousal support was restored to \$1,000

pouvoir profiter de l'augmentation du revenu de son père. Puisque les lignes directrices gouvernementales sur les pensions alimentaires pour enfants n'étaient pas en vigueur à ce moment-là, le juge a dit qu'il ne les commenterait pas ni ne les appliquerait. En ce qui concerne la pension alimentaire du conjoint, il a conclu que l'augmentation du coût de la vie constituait également un changement de situation, et il a fait passer de 1 000 \$ à 1 300 \$ par mois la pension alimentaire payable à l'appelante, sans en fixer le terme. Monsieur Hickey a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel du Manitoba.

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1997), 123 Man. R. (2d) 139

Les motifs de la Cour d'appel (les juges Philp, Monnin et Huband) ont été rendus par le juge Huband. Celui-ci a fait observer que même si l'épouse pouvait raisonnablement demander une majoration fondée sur l'inflation et sur le fait que le revenu de l'époux avait augmenté, la décision du juge Kennedy de doubler le montant de la pension alimentaire pour enfants avait été une [TRADUCTION] «réaction réflexe». Concluant que l'inflation était inférieure à 100 p. 100 et qu'il n'y avait pas d'autre raison de majorer le montant de la pension alimentaire versée à Walter, il a fixé celle-ci à 900 \$ par mois. Il a noté que, selon la cour, les changements touchant l'imposition des pensions alimentaires pour enfants ne devaient pas avoir d'incidence parce que l'ordonnance de la cour était rétroactive à la date de l'ordonnance du juge Kennedy, laquelle était antérieure aux changements apportés à la législation fiscale. Le juge Huband a également déclaré que rien ne justifiait l'augmentation de la pension alimentaire du conjoint. Selon lui, Patricia Hickey avait obtenu une [TRADUCTION] «part équitable» des actifs du couple et la valeur de cette part avait augmenté depuis la date de la séparation, d'autant plus qu'[TRADUCTION] «[à] son âge, elle est capable de gagner sa vie, et elle possède la formation et les études voulues pour le faire» (p. 141). Le juge Huband a conclu que, de l'avis de la cour, le montant initial de la pension alimentaire du conjoint demeurait suffisant. Pour ces motifs, la cour a accueilli l'appel, a réduit à 900 \$ par mois le montant de l'ordonnance

per month, both retroactive to the date of the variation order.

#### IV. Issues

Two issues must be decided on this appeal:

- (1) Did the Manitoba Court of Appeal err in reducing the quantum of child support payable from \$1,500 per month to \$900 per month?
- (2) Did the Manitoba Court of Appeal err in reducing the quantum of spousal support payable from \$1,300 per month to \$1,000 per month?

#### V. Analysis

##### A. *The Approach by a Court of Appeal to the Review of Support Orders*

When family law legislation gives judges the power to decide on support obligations based on certain objectives, values, factors, and criteria, determining whether support will be awarded or varied, and if so, the amount of the order, involves the exercise of considerable discretion by trial judges. They must balance the objectives and factors set out in the *Divorce Act* or in provincial support statutes with an appreciation of the particular facts of the case. It is a difficult but important determination, which is critical to the lives of the parties and to their children. Because of its fact-based and discretionary nature, trial judges must be given considerable deference by appellate courts when such decisions are reviewed.

Our Court has often emphasized the rule that appeal courts should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong. These principles

alimentaire rendue en faveur de l'enfant par le juge saisi de la requête et a rétabli à 1 000 \$ par mois le montant de la pension alimentaire du conjoint, le tout rétroactivement à la date du prononcé de l'ordonnance modificative.

#### IV. Questions en litige

Deux questions litigieuses doivent être tranchées dans le présent pourvoi:

- (1) La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur en faisant passer le montant de la pension alimentaire pour enfants de 1 500 \$ à 900 \$ par mois?
- (2) La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur en faisant passer le montant de la pension alimentaire du conjoint de 1 300 \$ à 1 000 \$ par mois?

#### V. Analyse

##### A. *Révision des ordonnances alimentaires par les cours d'appel*

Lorsque des dispositions législatives en matière de droit de la famille confèrent aux juges de première instance le pouvoir de rendre des ordonnances alimentaires en fonction de certains objectifs, de certaines valeurs, de certains facteurs et de certains critères, ceux-ci doivent jouir d'une grande discrétion pour décider si une pension alimentaire sera accordée ou modifiée et, dans l'affirmative, pour en fixer le montant. Ils doivent, dans l'appréciation des faits, soupeser les objectifs et les facteurs énoncés dans la *Loi sur le divorce* ou dans les lois provinciales relatives aux ordonnances alimentaires. Il s'agit d'une décision difficile mais importante, qui peut s'avérer cruciale dans la vie des ex-époux et de leurs enfants. Vu sa nature factuelle et discrétionnaire, la décision du juge de première instance doit faire l'objet d'une grande déférence par la cour d'appel appelée à réviser une telle décision.

Notre Cour a souvent insisté sur la règle qui veut qu'une cour d'appel n'infirmes une ordonnance alimentaire que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la déci-

9

10

11

were stated by Morden J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, at p. 154, and approved by the majority of this Court in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *per* Wilson J.; in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, *per* L'Heureux-Dubé J.; and in *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, at p. 691, *per* Sopinka J., and at pp. 743-44, *per* L'Heureux-Dubé J.

sion est manifestement erronée. Ces principes ont été énoncés par le juge Morden de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, à la p. 154, que les juges majoritaires de notre Cour ont approuvé dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, le juge Wilson; dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, le juge L'Heureux-Dubé; et dans l'arrêt *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, à la p. 691, le juge Sopinka, et aux pp. 743 et 744, le juge L'Heureux-Dubé.

12 There are strong reasons for the significant deference that must be given to trial judges in relation to support orders. This standard of appellate review recognizes that the discretion involved in making a support order is best exercised by the judge who has heard the parties directly. It avoids giving parties an incentive to appeal judgments and incur added expenses in the hope that the appeal court will have a different appreciation of the relevant factors and evidence. This approach promotes finality in family law litigation and recognizes the importance of the appreciation of the facts by the trial judge. Though an appeal court must intervene when there is a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error in law, it is not entitled to overturn a support order simply because it would have made a different decision or balanced the factors differently.

Il existe des raisons sérieuses de faire preuve d'une grande retenue envers les décisions rendues par les juges de première instance en matière d'aliments. Cette norme d'examen en appel reconnaît que le juge qui a entendu les parties est le mieux placé pour exercer le pouvoir discrétionnaire qu'implique le prononcé d'une ordonnance alimentaire. On dissuade ainsi les parties d'interjeter appel du jugement et d'engager des frais supplémentaires dans l'espoir que la cour d'appel appréciera différemment les facteurs pertinents et la preuve. Cette approche est de nature à promouvoir la finalité des affaires en matière familiale et reconnaît l'importance de l'appréciation des faits par le juge de première instance. Bien qu'une cour d'appel doive intervenir lorsqu'elle relève une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit, il ne lui est pas permis d'infirmer une ordonnance alimentaire pour le seul motif qu'elle aurait rendu une décision différente ou soupesé les facteurs différemment.

13 Considering this standard of review, I turn now to the issues of child support and spousal support. Both parties have agreed that the applicable law in this case is the *Divorce Act* as it stood at the time of Kennedy J.'s order, and I will proceed on that basis.

Compte tenu de cette norme d'examen, j'en viens maintenant à la pension alimentaire pour enfants et à la pension alimentaire du conjoint. Les deux parties ont convenu que la loi applicable en l'espèce est la *Loi sur le divorce* en vigueur à la date de l'ordonnance rendue par le juge Kennedy, et je procéderai sur cette base dans l'examen des questions en litige.

#### B. *Child Support*

#### B. *Pension alimentaire pour enfants*

14 The principles for the variation of child support orders were set out by this Court in *Willick, supra*. Section 17(4) requires, as a threshold before

Les principes applicables à la modification d'une ordonnance alimentaire en faveur de l'enfant ont été exposés par notre Cour dans l'arrêt *Willick*,

varying the amount of child support, that the court satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs, or other circumstances of either spouse or of any child of the marriage. This change must be material, and not trivial or insignificant. Separation agreements are one of the applicable factors to be considered in making the order, although not determinative. (In this case, the separation agreement between the Hickeys also explicitly incorporated the principle that a change in the parties' means or needs would justify a re-evaluation of the amount of support.) If the threshold is met, the court must then consider the factors reflected in s. 17(8) in determining what will be contained in the variation order.

At the outset, the motions judge held that the threshold for variation had been met, noting in particular the fact that Susan was no longer a child of the marriage, and that the cost of living had increased. The Court of Appeal did not take issue with this finding.

On the merits, the motions judge deleted Susan from the order, but increased the amount payable for Walter from \$750 to \$1,500 per month. The total amount of child support thus remained the same. The variation order was based on the effects of inflation, the improvement in the financial resources of the parents, and the fact that the cost of raising children generally increases as they become older.

The factors considered by the motions judge do not demonstrate an error of law. Increased means of the payor spouse constitutes a material change justifying an upward variation of the amount of support: see *Willick, supra*, at p. 691, *per* Sopinka J., and at pp. 738-39, *per* L'Heureux-Dubé J. In this case, the means of the respondent increased significantly in the time between the original order and the application for variation. It

précité. Le paragraphe 17(4) pose comme condition préalable à la modification du montant de la pension alimentaire pour enfants que la cour doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge. Il doit s'agir d'un changement important et non pas négligeable ou insignifiant. L'entente de séparation est l'un des facteurs dont le juge doit tenir compte pour rendre son ordonnance, mais elle n'est pas déterminante. (En l'espèce, l'entente de séparation conclue par les ex-époux incorporait explicitement le principe selon lequel un changement dans les ressources ou les besoins des parties justifierait une réévaluation du montant de la pension.) Si cette condition préalable est remplie, la cour doit ensuite examiner les facteurs prévus au par. 17(8) pour définir le contenu de l'ordonnance modificative.

Dans un premier temps, le juge saisi de la requête a conclu que la condition préalable à la modification de l'ordonnance alimentaire avait été remplie, en soulignant tout particulièrement le fait que Susan n'était plus un enfant à charge, et que le coût de la vie avait augmenté. La Cour d'appel n'a pas contesté cette conclusion.

Sur le fond, le juge saisi de la requête a supprimé la pension alimentaire de Susan, mais a fait passer le montant payable à Walter de 750 \$ à 1 500 \$ par mois. Le montant total de la pension alimentaire pour enfants est donc demeuré le même. L'ordonnance modificative reposait sur l'effet de l'inflation, sur l'amélioration de la situation financière des parents et sur le fait que le coût de l'entretien et de l'éducation des enfants augmente généralement au fur et à mesure qu'ils grandissent.

Les facteurs que le juge saisi de la requête a pris en considération ne permettent pas de conclure qu'il a commis une erreur de droit. L'accroissement des ressources de l'époux débiteur constitue un changement important qui justifie une modification à la hausse de la pension alimentaire: voir *Willick, précité*, à la p. 691, le juge Sopinka; et aux pp. 738 et 739, le juge L'Heureux-Dubé. Dans le cas qui nous occupe, les ressources de l'intimé ont

15

16

17

was appropriate for the motions judge to reflect this in an increased support order.

18 It was also appropriate for the motions judge to take into account Walter's increased needs caused by the effects of inflation and the fact that he was 10 years older. As I wrote in *Willick, supra*, at pp. 739-40:

To this end, a court may take judicial notice of the fact that it costs more to support children as they grow older. When this fact becomes compounded by the effect of inflation, it may constitute a sufficient change: *James v. James* (1992), 41 R.F.L. (3d) 70 (B.C.C.A.) and *Marshall v. Marshall* (1992), 43 R.F.L. (3d) 303 (Man. C.A.). Professor Diane Pask also takes the view that inflation must be provided for in child support orders ([1994], 10 *C.F.L.Q.* 33], at p. 89).

In taking into account these factors, therefore, the motions judge applied the correct principles of law. There was no error in the fact that he found, based upon the increased means of the payor spouse, the increased cost of raising children as they become older, and the increases caused by the effects of inflation, that an increase in support for the younger child from \$750 to \$1,500 was justified. Rather, his order reflected the objectives of s. 17(8).

19 The Court of Appeal held that the amount of the increase was not warranted, qualifying it as a "reflex reaction", and reducing it to \$900. With respect, however, the Court of Appeal's approach does not reflect the standard of appellate review discussed above. Unless it could identify an error in law or misapprehension of the evidence by the motions judge, or had serious reasons to find that the amount of support awarded was clearly wrong,

augmenté considérablement entre la date de l'ordonnance initiale et la date de la demande de modification. Il convenait que le juge saisi de la requête rende une ordonnance majorant la pension alimentaire pour refléter ce changement.

Il convenait également que le juge saisi de la requête tienne compte de l'augmentation des besoins de Walter en raison de l'inflation et du fait que ce dernier avait 10 années de plus. Ainsi que je l'ai écrit dans l'arrêt *Willick*, précité, aux pp. 739 et 740:

À cette fin, le tribunal peut prendre connaissance d'office du fait que le coût de l'entretien des enfants s'accroît à mesure qu'ils grandissent. Lorsque ce fait se combine à l'effet de l'inflation, cela peut constituer un changement suffisant: *James c. James* (1992), 41 R.F.L. (3d) 70 (C.A.C.-B.) et *Marshall c. Marshall* (1992), 43 R.F.L. (3d) 303 (C.A. Man.). Le professeur Diane Pask soutient également qu'il faut tenir compte de l'inflation dans les ordonnances alimentaires pour enfants ([1994], 10 *C.F.L.Q.* 33], à la p. 89).

En tenant compte de ces facteurs, le juge saisi de la requête s'est appuyé sur les principes de droit applicables. Il n'a pas commis d'erreur en concluant, sur la base de l'accroissement des ressources de l'époux débiteur, du coût accru de l'entretien et de l'éducation des enfants au fur et à mesure qu'ils grandissent et des augmentations attribuables à l'effet de l'inflation, qu'il était justifié de faire passer la pension alimentaire versée pour le plus jeune enfant de 750 \$ à 1 500 \$. Son ordonnance reflète plutôt les objectifs énoncés au par. 17(8).

La Cour d'appel a statué que le montant de l'augmentation n'était pas justifié; elle a qualifié cette augmentation de «réaction réflexe» et a réduit la pension alimentaire à 900 \$. En toute déférence, cependant, l'approche adoptée par la Cour d'appel ne reflète pas la norme d'examen en appel dont je viens de discuter. La Cour d'appel n'aurait dû intervenir que si elle avait relevé une erreur de droit ou une interprétation erronée de la preuve par le juge saisi de la requête, ou si elle avait eu des motifs valables de conclure que le montant de l'ordonnance était manifestement erroné. Rien dans

it should not have intervened. There was nothing in Kennedy J.'s award which indicated any error.

### C. Spousal Support

On an application for variation of an award of spousal support, the court must first find, under s. 17(4), that there has been a material change in the conditions, means, needs, or circumstances of either spouse (see *Moge, supra*, at pp. 875-76, and *Walker v. Walker* (1992), 12 B.C.A.C. 137, at pp. 141-42) and in making the order, the court must take into consideration that change. As with the variation of child support orders, this change must be material, and cannot be trivial or insignificant. The factors enumerated give the court considerable discretion in determining whether a variation order is justified: see J. Payne, *Payne on Divorce* (4th ed. 1996), at p. 321. Once this threshold is passed, the court must consider the four objectives of spousal support enumerated in s. 17(7) of the *Divorce Act*.

The objectives set out in s. 17(7) parallel those set out in s. 15.2(6), recently considered by this Court in *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420, *per* McLachlin J. These objectives set out the principles and values that must be considered by judges in exercising their discretion when making or revising support orders: see *Moge, supra*, at pp. 866-67, and *Bracklow, supra*, at para. 35. As noted by Payne, *supra*, at p. 296, they reflect the principle that the economic consequences of the marriage and of the separation and divorce should be equitably shared between the former spouses.

Section 17(7)(a) requires the court to take into account economic advantages and disadvantages arising from the marriage or its breakdown. This, in particular, recognizes the importance, when deciding on spousal support or variation orders, of

l'ordonnance rendue par le juge Kennedy ne permettait de croire qu'il avait commis une erreur.

### C. Pension alimentaire du conjoint

Le tribunal saisi d'une demande de modification de l'ordonnance alimentaire en faveur du conjoint doit d'abord conclure, suivant le par. 17(4), qu'il est survenu un changement important dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux (voir *Moge*, précité, aux pp. 875 et 876 et *Walker c. Walker* (1992), 12 B.C.A.C. 137, aux pp. 141 et 142), et il doit tenir compte de ce changement pour rendre une ordonnance. Comme dans le cas de la modification d'une ordonnance alimentaire en faveur de l'enfant, ce changement doit être important et ne peut être négligeable ou insignifiant. Les facteurs énumérés confèrent au tribunal un large pouvoir discrétionnaire afin de décider si une ordonnance modificative est justifiée: voir J. Payne, *Payne on Divorce* (4<sup>e</sup> éd. 1996), à la p. 321. Une fois que cette condition préalable est remplie, le tribunal doit prendre en considération les quatre objectifs des ordonnances alimentaires en faveur du conjoint énumérés au par. 17(7) de la *Loi sur le divorce*.

Les objectifs mentionnés au par. 17(7) correspondent à ceux qui sont prévus au par. 15.2(6) et que notre Cour a récemment examinés dans l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, le juge McLachlin. Ces objectifs énoncent les principes et les valeurs dont doit tenir compte, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge qui rend ou révisé une ordonnance alimentaire: voir *Moge*, précité, aux pp. 866 et 867 et *Bracklow*, précité, au par. 35. Comme l'a fait remarquer Payne, précité, à la p. 296, ces objectifs traduisent le principe selon lequel les conséquences économiques du mariage, de la séparation et du divorce devraient être réparties équitablement entre les ex-époux.

L'alinéa 17(7)a) oblige le tribunal à tenir compte des avantages et des inconvénients qui découlent du mariage ou de son échec. Cette exigence particulière reconnaît l'importance qu'il faut donner, au moment de rendre ou de réviser une

20

21

22

compensating former spouses for advantages gained and disadvantages suffered as a result of the marriage itself and the decisions the parties made and roles they played within it: see *Moge, supra*. Section 17(7)(c) outlines the equally important objective of relieving economic hardship arising from the breakdown of the marriage: see *Moge, supra*, at p. 865, and *Bracklow, supra*, at paras. 36 and 41. Considering this objective includes examining the change to the economic situation of the parties caused by the separation, taking into account current needs and means and all other relevant circumstances of the parties: see *Moge, supra*, at pp. 865-66. The second and fourth objectives — those of apportioning child rearing costs over and above the extent reflected in the child support order, and promoting economic self-sufficiency to the extent practicable — must also be taken into account in determining the appropriate support or variation order. As was held in *Moge, supra*, at pp. 866-67:

The exercise of judicial discretion in ordering support requires an examination of all four objectives set out in the Act in order to achieve equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown. This implies a broad approach with a view to recognizing and incorporating any significant features of the marriage or its termination which adversely affect the economic prospects of the disadvantaged spouse.

23

This Court emphasized in *Bracklow, supra*, that neither the Act itself, nor the principles set out in *Moge* impose a single model for determining or varying spousal support. As stated by McLachlin J., at para. 32, courts must:

... consider not only compensatory factors, but the "needs" and "means" of the parties. It is not a question of either one model or the other. It is rather a matter of applying the relevant factors and striking the balance that best achieves justice in the particular case before the court. [Emphasis in original.]

ordonnance alimentaire en faveur du conjoint, au dédommagement des ex-époux pour les avantages obtenus et les inconvénients subis en raison du mariage lui-même, et pour les décisions que ceux-ci ont prises et les rôles qu'ils ont joués dans ce contexte: voir *Moge, précité*. L'alinéa 17(7)c) énonce l'objectif tout aussi important qui consiste à remédier à toute difficulté économique causée par l'échec du mariage: voir *Moge, précité*, à la p. 865 et *Bracklow, précité*, aux par. 36 et 41. Prendre en considération cet objectif suppose l'examen du changement survenu dans la situation financière des ex-époux en raison de la séparation, au regard des ressources et des besoins actuels et de toutes les autres circonstances pertinentes des ex-époux: voir *Moge, précité*, aux pp. 865 et 866. Les deuxième et quatrième objectifs — partager les dépenses engagées pour élever les enfants qui s'ajoutent aux coûts que reflète l'ordonnance en faveur de l'enfant et favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique des ex-époux — doivent aussi être pris en considération pour que l'ordonnance alimentaire ou l'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire soit appropriée. Ainsi qu'il a été statué dans l'arrêt *Moge, précité*, aux pp. 866 et 867:

L'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux en matière d'aliments suppose l'examen des quatre objectifs énoncés dans la Loi de façon à permettre le partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec. Cela implique une approche globale visant à reconnaître et à inclure toutes les caractéristiques importantes du mariage ou de sa dissolution qui affectent les possibilités économiques du conjoint désavantagé.

Notre Cour a souligné dans l'arrêt *Bracklow, précité*, que ni la Loi elle-même ni les principes énoncés dans l'arrêt *Moge* n'imposent un modèle unique pour fixer ou modifier la pension alimentaire du conjoint. Comme le juge McLachlin l'a déclaré au par. 32, les tribunaux doivent:

... [tenir] compte non seulement des facteurs compensatoires, mais également des «besoins» et des «ressources» des parties. Il ne s'agit pas de choisir un modèle ou l'autre. Il s'agit plutôt d'appliquer les facteurs pertinents et d'établir l'équilibre qui sert le mieux la justice dans l'affaire particulière dont le tribunal est saisi. [Soulignement dans l'original.]

As Bastarache J.A. (as he then was) stressed in *Ross v. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147 (C.A.), at p. 156, cited with approval in *Bracklow, supra*, at para. 36, “in cases where it is not possible to determine the extent of the economic loss of the disadvantaged spouse . . . the court will consider need and standard of living as the primary criteria, together with the ability to pay of the other party.”

The objectives that guide the exercise of judicial discretion set out in s. 17(7), therefore, recognize the varying ends that an order for spousal support should serve, taking into account the nature of the marriage, its economic consequences, the consequences of its breakdown, and the situations of the parties before the court. In making an order that reflects them, a trial judge must consider all relevant facts and applicable factors.

Turning to the facts of the case at bar, the motions judge concluded that there was a material change in circumstances based on the increase in the cost of living, and on that basis increased the amount of spousal support from \$1,000 to \$1,300. The Court of Appeal concluded that there was “no justification” for this increase.

It has been held by several appeal courts that inflation may constitute a material change justifying a variation in spousal support pursuant to s. 17(4): see, for example, *Winsor v. Winsor* (1992), 8 O.R. (3d) 433 (C.A.), at p. 434; *France v. France* (1987), 44 Man. R. (2d) 238 (C.A.); and *Jayatilaka v. Roussel* (1991), 174 N.B.R. (2d) 204 (C.A.). I agree that the decreased purchasing power that occurs because of the increased costs of living is a material change that affects the real value of the payments received and therefore the needs of the payee spouse. An upward adjustment for an increase in the cost of living also accords with the objectives of variation orders set out in s. 17(7). The needs of the disadvantaged spouse occasioned by the marriage breakdown will frequently increase because of the increased cost of

De plus, comme le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour) l’a souligné dans l’arrêt *Ross c. Ross* (1995), 168 N.B.R. (2d) 147 (C.A.), à la p. 156, que notre Cour a cité avec approbation dans l’arrêt *Bracklow*, précité, au par. 36, «dans les causes où il n’est pas possible de mesurer l’ampleur de la perte économique de l’époux désavantagé [. . .] la cour considère les besoins et le niveau de vie comme critères premiers, avec la capacité de payer de l’autre partie.»

Les objectifs prévus au par. 17(7), qui guident l’exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire, reconnaissent donc les différentes fins que l’ordonnance alimentaire en faveur du conjoint vise à atteindre, eu égard à la nature du mariage, à ses conséquences économiques, aux conséquences de son échec et à la situation des ex-époux devant le tribunal. Pour rendre une ordonnance qui reflète ces éléments, le juge de première instance doit examiner tous les faits pertinents et tous les facteurs applicables.

En ce qui concerne les faits de l’espèce, le juge saisi de la requête a conclu qu’au regard de l’augmentation du coût de la vie, un changement important était survenu et, pour cette raison, il a fait passer de 1 000 \$ à 1 300 \$ le montant de la pension alimentaire du conjoint. La Cour d’appel a conclu qu’il n’y avait [TRADUCTION] «aucune raison valable» d’accorder cette augmentation.

Plusieurs cours d’appel ont jugé que l’inflation peut constituer un changement important qui justifie la modification de l’ordonnance alimentaire en faveur du conjoint en vertu du par. 17(4): voir, par exemple, *Winsor c. Winsor* (1992), 8 O.R. (3d) 433 (C.A.), à la p. 434; *France c. France* (1987), 44 Man. R. (2d) 238 (C.A.); et *Jayatilaka c. Roussel* (1991), 174 N.B.R. (2d) 204 (C.A.). Je suis d’accord que la baisse du pouvoir d’achat qui survient en raison de l’augmentation du coût de la vie constitue un changement important qui modifie la valeur réelle de la pension versée et, partant, les besoins de l’époux créancier. En général, une modification à la hausse tenant compte de l’augmentation du coût de la vie est également compatible avec les objectifs des ordonnances modificatives énoncés au par. 17(7). Les besoins de l’époux

24

25

26

living over time, and so, often, will the means of the payor spouse, as they did here. Similarly, continuing to compensate a spouse adequately for disadvantages which arise because of the marriage itself may justify an increase when the value of the amount of support awarded has declined over time in real terms. In the case at bar, the appellant suffered financial disadvantage from the marriage, in particular as a result of the parties' decision that she would leave the workforce to care for the children. There was no error in the decision of the motions judge to adjust for inflation the amount of support, which continued, in part, to compensate for that disadvantage.

27 Therefore, I conclude that the reasons of the motions judge properly reflected the objectives set out in s. 17(7), and that he took account of the material changes in circumstances, while also considering the existence of the separation agreement and its terms as a relevant factor. His reasons indicate no material error or serious misapprehension of the evidence, and the quantum of the variation is not clearly wrong. I note, in particular, that the consumer price index in Manitoba rose by 38.1% between 1986 and 1996, slightly more than the amount of the adjustment.

28 The Court of Appeal, with respect, should have emphasized the standard of review discussed above and evaluated the motions judge's ruling in light of the objectives of variation orders, the facts of the marriage and the situation of the parties subsequent to its breakdown, and the material changes in circumstances, rather than substituting its opinion that the original amount of spousal support remained "entirely sufficient". Indeed, from the reasoning of the Court of Appeal, it appears that its analysis may have given primacy to factor (d), self-sufficiency. As this Court held in *Moge*, *supra*, and *Bracklow*, *supra*, promoting self-

désavantagé occasionnés par l'échec du mariage vont souvent augmenter en raison de la hausse du coût de la vie avec le temps; il en ira souvent de même des ressources de l'époux débiteur, comme c'est le cas en l'espèce. Dans le même ordre d'idées, une augmentation peut être justifiée afin de continuer de dédommager suffisamment un époux des inconvénients qui découlent du mariage lorsque la valeur de la pension alimentaire accordée a diminué dans les faits avec le temps. Dans le cas qui nous occupe, l'appelante a subi des inconvénients financiers en raison du mariage, en particulier parce que les ex-époux ont décidé qu'elle quitterait le marché du travail pour prendre soin des enfants. La décision du juge saisi de la requête de rajuster, en fonction de l'inflation, le montant de la pension alimentaire, qui continuait, en partie, à remédier à ces inconvénients ne comportait aucune erreur.

Par conséquent, je conclus que les motifs du juge saisi de la requête reflétaient correctement les objectifs énumérés au par. 17(7), et qu'il a tenu compte des changements importants qui sont survenus, tout en considérant l'existence de l'entente de séparation et de ses conditions comme un facteur pertinent. Ces motifs ne révèlent aucune erreur importante ni aucune erreur significative dans l'interprétation de la preuve, et le montant de l'ordonnance modificative n'est pas manifestement erroné. Je remarque, en particulier, que l'indice des prix à la consommation au Manitoba a augmenté de 38,1 p. 100 entre 1986 et 1996, ce qui est légèrement plus que le montant du rajustement.

En toute déférence, la Cour d'appel aurait dû mettre l'accent sur la norme d'examen dont il vient d'être question et évaluer la décision du juge saisi de la requête en fonction des objectifs des ordonnances modificatives, des faits du mariage et de la situation des ex-époux après l'échec du mariage ainsi que des changements importants survenus, au lieu d'exprimer l'avis que le montant initial de la pension alimentaire du conjoint demeurait [TRA-DUCTION] «tout à fait suffisant». En fait, il ressort du raisonnement de la Cour d'appel que, dans son analyse, elle a peut-être accordé la prépondérance au facteur d), soit l'indépendance économique.

sufficiency, to the extent practicable, is only one of the four objectives to be taken into account in spousal support orders.

#### VI. Disposition

For these reasons, at the oral hearing the appeal was allowed, with costs throughout, and the order of Kennedy J. was restored.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Monk, Goodwin, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Smordin, Pauls, Winnipeg.*

Comme notre Cour l'a dit dans les arrêts *Moge*, précité, et *Bracklow*, précité, favoriser l'indépendance économique, dans la mesure du possible, est simplement l'un des quatre objectifs qu'il faut prendre en compte pour rendre une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint.

#### VI. Dispositif

Pour ces motifs, le pourvoi a été accueilli à l'audience, avec dépens dans toutes les cours et l'ordonnance du juge Kennedy a été rétablie.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Monk, Goodwin, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimé: Smordin, Pauls, Winnipeg.*

**The Children's Foundation, the Superintendent of Family and Child Services in the Province of British Columbia and Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Ministry of Social Services and Housing** *Appellants*

v.

**Patrick Allan Bazley** *Respondent*

and

**Her Majesty The Queen in Right of Alberta as represented by the Minister of Justice and Attorney General of Alberta, the Canadian Conference of Catholic Bishops, the United Church of Canada, the General Synod of the Anglican Church of Canada, Wunnumin Lake First Nation, William Richard Blackwater et al., and Barrie Caldwell, Samuel McNab and Glen Pelletier** *Interveniers*

INDEXED AS: BAZLEY v. CURRY

File No.: 26013.

1998: October 6; 1999: June 17.

Present: L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Child sexually abused while in residential care facility — Whether organization operating facility vicariously liable for employee's sexual assault of child — Whether non-profit employers should be exempted from liability.*

*Employment law — Liability of employers — Intentional torts of employees — Child sexually abused while in residential care facility — Whether organization*

**La Children's Foundation, le Superintendent of Family and Child Services de la province de la Colombie-Britannique et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique, représentée par le Ministry of Social Services and Housing** *Appelants*

c.

**Patrick Allan Bazley** *Intimé*

et

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, représentée par le ministre de la Justice et procureur général de l'Alberta, la Conférence des évêques catholiques du Canada, l'Église unie du Canada, le synode général de l'Église anglicane du Canada, la Première Nation de Lac Wunnumin, William Richard Blackwater et autres, et Barrie Caldwell, Samuel McNab et Glen Pelletier** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BAZLEY c. CURRY

N° du greffe: 26013.

1998: 6 octobre; 1999: 17 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant agressé sexuellement alors qu'il était traité dans un établissement de soins pour bénéficiaires internes — La responsabilité du fait d'autrui de l'organisme qui exploite l'établissement en cause est-elle engagée en raison de l'agression sexuelle d'un enfant par son employé? — L'employeur qui est un organisme sans but lucratif devrait-il être exonéré de toute responsabilité?*

*Employeur et employé — Responsabilité de l'employeur — Délit intentionnel d'un employé — Enfant agressé sexuellement alors qu'il était traité dans un*

*operating facility vicariously liable for employee's tortious conduct.*

The appellant Foundation, a non-profit organization, operated two residential care facilities for the treatment of emotionally troubled children. As substitute parent, it practised "total intervention" in all aspects of the lives of the children it cared for. The Foundation's employees were to do everything a parent would do, from general supervision to intimate duties like bathing and tucking in at bedtime. The Foundation hired C, a pedophile, to work in one of its homes. The Foundation did not know he was a pedophile. It checked and was told he was a suitable employee. After investigating a complaint about C, and verifying that he had abused a child in one of its homes, the Foundation discharged him. C was convicted of 19 counts of sexual abuse, two of which related to the respondent. The respondent sued the Foundation for compensation for the injury he suffered while in its care. The parties stated a case to determine whether the Foundation was vicariously liable for its employee's tortious conduct. The chambers judge found that it was and the Court of Appeal upheld that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed and the matter remitted to trial.

Pursuant to the *Salmond* test, employers are vicariously liable for both employee acts authorized by the employer and unauthorized acts so connected with authorized acts that they may be regarded as modes (albeit improper modes) of doing authorized acts. In determining whether an employer is vicariously liable for an employee's unauthorized, intentional wrong in cases where precedent is inconclusive, courts should be guided by the following principles. First, they should openly confront the question of whether liability should lie against the employer, rather than obscuring the decision beneath semantic discussions of "scope of employment" and "mode of conduct". Second, the fundamental question is whether the wrongful act is sufficiently related to conduct authorized by the employer to justify the imposition of vicarious liability. Vicarious liability is generally appropriate where there is a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom, even if unrelated

*établissement de soins pour bénéficiaires internes — La responsabilité du fait d'autrui de l'organisme qui exploite l'établissement en cause est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de son employé?*

La Fondation appelante, un organisme sans but lucratif, exploitait deux établissements de soins pour bénéficiaires internes où des enfants étaient traités pour des troubles affectifs. En sa qualité de substitut parental, elle pratiquait l'«intervention totale» dans tous les aspects de la vie des enfants qui lui étaient confiés. Les employés de la Fondation devaient faire tout ce qu'un parent ferait, de la surveillance générale à des tâches intimes comme donner le bain aux enfants et les border à l'heure du coucher. La Fondation a embauché C, un pédophile, à l'un de ses établissements. Elle ignorait qu'il était pédophile. Elle a procédé à des vérifications et s'est fait dire qu'il était apte à occuper le poste en question. Après avoir enquêté sur une plainte au sujet de C et avoir obtenu confirmation qu'il avait agressé un enfant dans l'un de ses établissements, la Fondation l'a congédié. C a été déclaré coupable relativement à 19 chefs d'accusation d'agression sexuelle, dont deux concernaient l'intimé. L'intimé a intenté une action contre la Fondation en vue d'être indemnisé du préjudice subi pendant qu'il avait été confié à ses soins. Les parties ont présenté un exposé de cause pour établir si la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation était engagée en raison de la conduite délictueuse de son employé. Le juge en chambre a décidé qu'elle l'était et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté et l'affaire est renvoyée à procès.

Selon le critère *Salmond*, la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur est engagée en raison à la fois des actes d'un employé autorisés par cet employeur, et des actes non autorisés qui sont si étroitement liés aux actes autorisés qu'ils peuvent être considérés comme des façons (quoiqu'incorrectes) de les accomplir. Pour décider si la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur est engagée en raison de la faute intentionnelle et non autorisée de son employé dans des cas où la jurisprudence n'est pas concluante, les tribunaux devraient appliquer les principes suivants. Premièrement, ils devraient s'attaquer ouvertement à la question de savoir si la responsabilité de l'employeur devrait être engagée, au lieu d'embrouiller la décision par des analyses sémantiques de l'«exercice des fonctions» et du «mode de comportement». Deuxièmement, il s'agit essentiellement de savoir si l'acte fautif est suffisamment lié à la conduite autorisée par l'employeur pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait

to the employer's desires. Where this is so, vicarious liability will serve the policy considerations of the provision of an adequate and just remedy and of deterrence. Incidental connections to the employment enterprise, like time and place (without more), will not suffice. Once engaged in a particular business, it is fair that an employer be made to pay the generally foreseeable costs of that business. In contrast, to impose liability for costs unrelated to the risk would effectively make the employer an involuntary insurer. Third, in determining the sufficiency of the connection between the employer's creation or enhancement of the risk and the wrong complained of, subsidiary factors may be considered. These may vary with the nature of the case. When related to intentional torts, the relevant factors may include, but are not limited to, the following: (a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power; (b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer's aims (and hence be more likely to have been committed by the employee); (c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise; (d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim; and (e) the vulnerability of potential victims to the wrongful exercise of the employee's power.

Applying these general considerations to sexual abuse by employees, the test for vicarious liability for an employee's sexual abuse of a client should focus on whether the employer's enterprise and empowerment of the employee materially increased the risk of the sexual assault and hence the harm. The test must not be applied mechanically, but with a sensitive view to the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability — fair and efficient compensation for wrong and deterrence. This requires trial judges to investigate the employee's specific duties and determine whether they gave rise to special opportunities for wrongdoing. Because of the peculiar exercises of power and trust that pervade cases such as child abuse, special attention should be paid to the existence of a power or dependency relationship, which on its own often creates a considerable risk of wrongdoing.

d'autrui. La responsabilité du fait d'autrui est généralement fondée quand il existe un lien important entre la création ou l'accroissement d'un risque et la faute qui en découle, même si elle n'a rien à voir avec les souhaits de l'employeur. Le cas échéant, la responsabilité du fait d'autrui satisfera aux considérations de politique générale de la dissuasion et de la réparation juste et appropriée. Des liens accessoires avec l'entreprise qui procure l'emploi, comme la date, l'heure et le lieu (sans plus), ne sont pas suffisants. Lorsque l'employeur exerce une activité particulière, il est juste qu'il soit obligé d'acquiescer les coûts généralement prévisibles de cette activité. Par contre, l'imputation de la responsabilité des coûts non liés au risque ferait effectivement de l'employeur un assureur involontaire. Troisièmement, pour décider s'il existe un lien suffisant entre la création ou l'accroissement du risque par l'employeur et la faute reprochée, il est possible de tenir compte de facteurs subsidiaires qui peuvent varier selon la nature de l'affaire. Quand ils se rapportent à des délits intentionnels, les facteurs pertinents peuvent notamment comprendre les suivants: a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir, b) la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur (et avoir donc été plus susceptible d'être commis par l'employé), c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur, d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime, et e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

Pour appliquer ces considérations générales à l'agression sexuelle commise par un employé, le critère de la responsabilité du fait d'autrui découlant de l'agression sexuelle d'un client par un employé devrait être axé sur la question de savoir si l'entreprise de l'employeur et l'habilitation de l'employé ont accru sensiblement le risque d'agression sexuelle et, par conséquent, de préjudice. L'application du critère ne doit pas être machinale mais doit tenir compte des considérations de politique générale qui justifient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la dissuasion et l'indemnisation juste et efficace de la faute. Pour ce faire, les juges de première instance doivent examiner les tâches particulières de l'employé et décider si elles créent des occasions spéciales de commettre une faute. Compte tenu des utilisations particulières qui sont faites de l'autorité et de la confiance dans les cas d'agression d'un enfant, il faut prêter une attention spéciale à l'existence d'un rapport de force ou de dépendance, qui crée souvent en soi un risque considérable de faute.

There should not be an exemption for non-profit organizations. While non-profit organizations perform needed services on behalf of the community as a whole, the Foundation's institution, however meritorious, put the respondent in the intimate care of C and in a very real sense enhanced the risk of his being abused. From his perspective, it is fair that as between him and the institution that enhanced the risk, the institution should bear legal responsibility for his abuse and the harm that befell him. It may also deter other incidents of sexual abuse by motivating charitable organizations entrusted with the care of children to take not only such precautions as the law of negligence requires, but all possible precautions to ensure that their children are not sexually abused.

Here the Foundation is vicariously liable for the sexual misconduct of its employee. The opportunity for intimate private control and the parental relationship and power required by the terms of employment created the special environment that nurtured and brought to fruition the sexual abuse. The employer's enterprise created and fostered the risk that led to the ultimate harm. Fairness and the need for deterrence in this critical area of human conduct — the care of vulnerable children — suggest that as between the Foundation that created and managed the risk and the innocent victim, the Foundation should bear the loss.

#### Cases Cited

**Disapproved:** *S.T. v. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98; **referred to:** *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Kay v. I.T.W. Ltd.*, [1968] 1 Q.B. 140; *Ryan v. Fildes*, [1938] 3 All E.R. 517; *Daniels v. Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 1; *Dyer v. Munday*, [1895] 1 Q.B. 742; *Lakatosh v. Ross* (1974), 48 D.L.R. (3d) 694; *Cole v. California Entertainment Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 2162 (QL); *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716; *The Queen v. Levy Brothers Co.*, [1961] S.C.R. 189; *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381; *Warren v. Henlys, Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 935; *G.J. v. Griffiths*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL); *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Plains Engineering Ltd. v. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129; *Poland v. John Parr and Sons*, [1927] 1 K.B. 236; *Morris v. C. W. Martin & Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716.

Il ne devrait pas y avoir exonération de responsabilité dans le cas d'un organisme sans but lucratif. Bien que les organismes sans but lucratif fournissent des services nécessaires au nom de l'ensemble de la collectivité, l'établissement exploité par la Fondation, si louable soit-il, a confié l'intimé aux soins personnels de C et a donc vraiment accru le risque qu'il soit agressé. De son point de vue, il est juste que, entre lui et l'établissement qui a accru le risque, ce soit ce dernier qui soit responsable, en droit, de son agression et du préjudice qu'il a subi. Cela peut également contribuer à prévenir d'autres épisodes d'agression sexuelle en incitant les organismes de bienfaisance à qui des enfants sont confiés à prendre non seulement les précautions requises par le droit en matière de négligence, mais toutes celles possibles pour éviter que les enfants qui leur sont confiés soient victimes d'une agression sexuelle.

En l'espèce, la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation est engagée en raison de l'inconduite sexuelle de son employé. L'occasion d'exercer un contrôle personnel intime ainsi que l'autorité et la relation parentales requises par les conditions de travail ont engendré le climat propice à la perpétration de l'agression sexuelle. L'entreprise de l'employeur a créé et favorisé le risque à l'origine du préjudice causé. L'équité et le besoin de dissuasion dans ce domaine crucial du comportement humain, qu'est le soin d'enfants vulnérables, portent à croire que, entre la victime innocente et la Fondation qui a créé et géré le risque, c'est la Fondation qui devrait assumer la perte.

#### Jurisprudence

**Arrêt critiqué:** *S.T. c. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98; **arrêts mentionnés:** *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Kay c. I.T.W. Ltd.*, [1968] 1 Q.B. 140; *Ryan c. Fildes*, [1938] 3 All E.R. 517; *Daniels c. Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 1; *Dyer c. Munday*, [1895] 1 Q.B. 742; *Lakatosh c. Ross* (1974), 48 D.L.R. (3d) 694; *Cole c. California Entertainment Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 2162 (QL); *Lloyd c. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716; *The Queen c. Levy Brothers Co.*, [1961] R.C.S. 189; *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381; *Warren c. Henlys, Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 935; *G.J. c. Griffiths*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL); *Palsgraf c. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (1928); *Plains Engineering Ltd. c. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129; *Poland c. John Parr and Sons*, [1927] 1 K.B. 236; *Morris c. C. W. Martin & Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716.

## Authors Cited

- Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
- Feldthusen, Bruce. "Vicarious Liability for Sexual Torts". In Nicholas J. Mullany and Allen M. Linden, eds., *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming*. Sydney: LBC Information Services, 1998.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Laski, Harold J. "The Basis of Vicarious Liability" (1916), 26 *Yale L.J.* 105.
- Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed. W. Page Keeton, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Sykes, Alan O. "The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 563.
- Williams, Glanville. "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*), 89 B.C.A.C. 93, 145 W.A.C. 93, 146 D.L.R. (4th) 72, [1997] 4 W.W.R. 431, 26 C.C.E.L. (2d) 161, 34 C.C.L.T. (2d) 241, [1997] B.C.J. No. 692 (QL) (*sub nom. P.A.B. v. Curry*), affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 217, [1995] 10 W.W.R. 339, 12 C.C.E.L. (2d) 228, 25 C.C.L.T. (2d) 302, [1995] B.C.J. No. 1468 (QL), finding the appellant Foundation vicariously liable for its employee's tortious conduct. Appeal dismissed.

*William M. Holburn, Q.C.*, and *Dale Stewart*, for the appellant Children's Foundation.

*Richard J. Meyer* and *J. Douglas Eastwood*, for the appellant Her Majesty the Queen in Right of British Columbia.

*D. Brent Adair*, for the respondent.

## Doctrine citée

- Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
- Feldthusen, Bruce. «Vicarious Liability for Sexual Torts». In Nicholas J. Mullany and Allen M. Linden, eds., *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming*. Sydney: LBC Information Services, 1998.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.
- Laski, Harold J. «The Basis of Vicarious Liability» (1916), 26 *Yale L.J.* 105.
- Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed. W. Page Keeton, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- Sykes, Alan O. «The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 563.
- Williams, Glanville. «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*), 89 B.C.A.C. 93, 145 W.A.C. 93, 146 D.L.R. (4th) 72, [1997] 4 W.W.R. 431, 26 C.C.E.L. (2d) 161, 34 C.C.L.T. (2d) 241, [1997] B.C.J. No. 692 (QL) (*sub nom. P.A.B. c. Curry*), qui a confirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 217, [1995] 10 W.W.R. 339, 12 C.C.E.L. (2d) 228, 25 C.C.L.T. (2d) 302, [1995] B.C.J. No. 1468 (QL), concluant à la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation appelante en raison de la conduite délictueuse de son employé. Pourvoi rejeté.

*William M. Holburn, c.r.*, et *Dale Stewart*, pour l'appelante la Children's Foundation.

*Richard J. Meyer* et *J. Douglas Eastwood*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique.

*D. Brent Adair*, pour l'intimé.

*William C. Olthuis and Tim Hurlburt*, for the intervener Her Majesty the Queen in Right of Alberta.

*William J. Sammon*, for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops.

*Christopher E. Hinkson, Q.C., and Elizabeth Campbell*, for the intervener the United Church of Canada.

*George E. H. Cadman, Q.C., and Heather Craig*, for the intervener the General Synod of the Anglican Church of Canada.

*Susan M. Vella and Jonathan Eades*, for the intervener Wunnumin Lake First Nation.

*Peter R. Grant and Diane Soroka*, for the interveners William Richard Blackwater et al.

*Robert G. Richards and Dana Schindelka*, for the interveners Barrie Caldwell, Samuel McNab and Glen Pelletier.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. —

## I. Introduction

It is tragic but true that people working with the vulnerable sometimes abuse their positions and commit wrongs against the very people they are engaged to help. The abused person may later seek to recover damages for the wrong. But judgment against the wrongdoer may prove a hollow remedy. This raises the question of whether the organization that employed the offender should be held liable for the wrong. The law refers to such liability as “vicarious” liability. It is also known as “strict” or “no-fault” liability, because it is imposed in the absence of fault of the employer. The issue in this case is whether such liability lies for an employee’s sexual abuse of children in his care.

*William C. Olthuis et Tim Hurlburt*, pour l’intervenante Sa Majesté la Reine du chef de l’Alberta.

*William J. Sammon*, pour l’intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada.

*Christopher E. Hinkson, c.r., et Elizabeth Campbell*, pour l’intervenante l’Église unie du Canada.

*George E. H. Cadman, c.r., et Heather Craig*, pour l’intervenant le synode général de l’Église anglicane du Canada.

*Susan M. Vella et Jonathan Eades*, pour l’intervenante la Première Nation de Lac Wunnumin.

*Peter R. Grant et Diane Soroka*, pour les intervenants William Richard Blackwater et autres.

*Robert G. Richards et Dana Schindelka*, pour les intervenants Barrie Caldwell, Samuel McNab et Glen Pelletier.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

## I. Introduction

Il est tragique mais vrai que des gens qui travaillent avec des personnes vulnérables abusent parfois de leur position et causent du tort aux personnes mêmes qu’ils sont chargés d’aider. Il peut arriver, par la suite, que la personne maltraitée réclame des dommages-intérêts pour le tort subi. Toutefois, un jugement contre l’auteur du tort peut se révéler futile. La question qui se pose alors est de savoir si l’organisme qui a employé le contrevenant devrait être tenu responsable du tort causé. Le droit qualifie cette responsabilité de responsabilité «du fait d’autrui». Elle est également connue sous le nom de responsabilité «stricte» ou «sans faute», parce qu’elle est imputée en l’absence de faute de la part de l’employeur. Il s’agit en l’espèce de savoir si une telle responsabilité est engagée en raison de l’agression sexuelle commise par un employé sur des enfants confiés à ses soins.

## II. Facts

2 The appellant, the Children's Foundation, is a non-profit organization. It operated two residential care facilities for the treatment of emotionally troubled children between the ages of six and twelve. As substitute parent, it practised "total intervention" in all aspects of the lives of the children it cared for. The Foundation authorized its employees to act as parent figures for the children. It charged them to care for the children physically, mentally and emotionally. The employees were to do everything a parent would do, from general supervision to intimate duties like bathing and tucking in at bedtime.

3 The Foundation hired Mr. Curry, a pedophile, to work in its Vancouver home. The Foundation did not know he was a pedophile. It checked and was told he was a suitable employee. Into this environment, too, came the child Patrick Bazley, young and emotionally vulnerable. Curry began a seduction. Over the months, step by subtle step, bathing became sexual exploration; tucking in in a darkened room became sexual abuse.

4 Someone complained about Curry. The Foundation inquired and upon verifying that Curry had abused a child in one of its homes, immediately discharged him. In 1992, Curry was convicted of 19 counts of sexual abuse, two of which related to Bazley. Curry has since died.

5 Bazley sued the Foundation for compensation for the injury he suffered while in its care. The Foundation took the position that since it had committed no fault in hiring or supervising Curry, it was not legally responsible for what he had done. The parties stated a case to determine whether (assuming the appellant was not, in fact, negligent) the appellant was nonetheless vicariously liable for its employee's tortious conduct. The chambers

## II. Les faits

L'appelante, la Children's Foundation (la «Fondation»), est un organisme sans but lucratif. Elle exploitait deux établissements de soins pour bénéficiaires internes où des enfants de six à douze ans étaient traités pour des troubles affectifs. En sa qualité de substitut parental, elle pratiquait l'«intervention totale» dans tous les aspects de la vie des enfants qui lui étaient confiés. La Fondation autorisait ses employés à faire figure de parents pour les enfants. Elle leur confiait le soin des enfants sur les plans physique, mental et affectif. Les employés devaient faire tout ce qu'un parent ferait, de la surveillance générale à des tâches intimes comme donner le bain aux enfants et les border à l'heure du coucher.

La Fondation a embauché M. Curry, un pédophile, à son établissement de Vancouver. La Fondation ignorait qu'il était pédophile. Elle a procédé à des vérifications et s'est fait dire qu'il était apte à occuper le poste en question. Patrick Bazley, un enfant jeune et vulnérable sur le plan affectif, s'est également retrouvé dans ce milieu. Curry a entrepris de le séduire. Au fil des mois, l'heure du bain est devenue peu à peu subtilement une exploration sexuelle; l'heure du coucher dans une chambre sombre s'est transformée en agression sexuelle.

Quelqu'un s'est plaint de Curry. La Fondation a enquêté sur lui et l'a congédié sur-le-champ après avoir obtenu confirmation qu'il avait agressé un enfant dans l'un de ses établissements. En 1992, Curry a été déclaré coupable relativement à 19 chefs d'accusation d'agression sexuelle, dont deux concernaient Bazley. Curry est maintenant décédé.

Bazley a intenté une action contre la Fondation en vue d'être indemnisé du préjudice subi pendant qu'il avait été confié à ses soins. La Fondation a adopté le point de vue selon lequel, étant donné qu'elle n'avait commis aucune faute en embauchant ou en supervisant Curry, elle n'était aucunement responsable en droit de ce qu'il avait fait. Les parties ont présenté un exposé de cause pour établir si (en supposant qu'elle n'avait pas, en réalité, fait preuve de négligence) la responsabilité du fait

judge found that it was and the Court of Appeal dismissed the appeal.

### III. Judgments

#### A. *British Columbia Supreme Court* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 217

The chambers judge, Lowry J., applied the common law test known as the *Salmond* test (from Salmond and Heuston's treatise on torts: see, e.g., *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19th ed. 1987), at pp. 521-22) to determine the Foundation's strict liability for its employee's conduct. Under this test, employers are vicariously liable for employee torts falling within the "scope of employment" (at p. 220):

An employee's wrongful conduct is said to fall within the course and scope of his or her employment where it consists of either (1) acts authorized by the employer or (2) unauthorized acts that are so connected with acts that the employer has authorized that they may rightly be regarded as modes — although improper modes — of doing what has been authorized: *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591 at 599 (P.C.).

The Foundation clearly had not authorized Curry's sexual abuse. Therefore the only question was whether the wrong was so connected to an authorized act that it could be regarded as a mode of doing that act. Lowry J. said that it was. The Foundation had authorized Curry to put the child to bed. Curry committed the sexual abuse while putting the child to bed. Therefore the sexual abuse could be viewed as a mode, however improper, of doing an authorized act. Lowry J. accordingly ruled that the Foundation was vicariously liable for Curry's sexual torts.

d'autrui de l'appelante était néanmoins engagée en raison de la conduite délictueuse de son employé. Le juge en chambre a conclu qu'elle l'était et la Cour d'appel a rejeté l'appel.

### III. Jugements

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 217

Le juge en chambre Lowry a appliqué le critère de common law connu sous le nom de critère *Salmond* (tiré du traité sur la responsabilité civile délictuelle de Salmond et Heuston: voir, par exemple, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (19<sup>e</sup> éd. 1987), aux pp. 521 et 522), pour établir la responsabilité stricte de la Fondation à l'égard de la conduite de son employé. Selon ce critère, la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur est engagée pour le délit que son employé commet dans l'[TRADUCTION] «exercice de ses fonctions» (à la p. 220):

[TRADUCTION] On dit que la conduite fautive d'un employé entre dans l'exercice de ses fonctions quand elle consiste à accomplir (1) des actes autorisés par l'employeur, ou (2) des actes non autorisés qui sont si étroitement liés aux actes que l'employeur a autorisés qu'ils peuvent à juste titre être considérés comme des façons, quoiqu'incorrectes, d'accomplir ce qui a été autorisé: *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591, à la p. 599 (C.P.).

Il est évident que la Fondation n'avait pas autorisé Curry à commettre l'agression sexuelle. Par conséquent, il s'agissait uniquement de savoir si la faute était si étroitement liée à un acte autorisé qu'elle pouvait être considérée comme une façon de l'accomplir. Le juge Lowry a dit qu'elle l'était. La Fondation avait autorisé Curry à coucher l'enfant. Curry a commis l'agression sexuelle pendant qu'il couchait l'enfant. L'agression sexuelle pouvait donc être considérée comme une façon, quoiqu'incorrecte, d'accomplir un acte autorisé. Le juge Lowry a donc décidé que la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation était engagée en raison des délits sexuels de Curry.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1

7 The Court of Appeal affirmed this ruling, but did not content itself with merely examining the phrase "unauthorized modes of authorized acts". The four sets of reasons, while divergent in emphasis and detail, reflect general agreement that: (1) it is better to confront the question of whether liability should rest with the employer directly than to bury it beneath the semantics of phrases like "unauthorized modes of authorized acts"; (2) a useful focus for inquiry is the closeness of the connection between authorized acts and the injury suffered; (3) factors relevant to assessing this connection in cases like this one include power, trust and the extent to which the employment enabled or cloaked the wrong; (4) policy considerations, such as deterrence and which of two "innocent" parties should bear the loss, should also be taken into account in finding liability; and (5) there should be no special rule for non-profit employers.

La Cour d'appel a confirmé cette décision, mais ne s'est pas contentée d'examiner l'expression [TRADUCTION] «façons non autorisées d'accomplir des actes autorisés». Bien qu'ils divergent sur le plan des détails et qu'ils mettent l'accent sur des éléments différents, les quatre séries de motifs reflètent le consensus général selon lequel (1) il est préférable d'aborder directement la question de savoir si la responsabilité doit être imputée à l'employeur, plutôt que de l'enfouir sous des expressions comme «façons non autorisées d'accomplir des actes autorisés», (2) il est utile de mettre l'accent sur l'étroitesse du lien entre les actes autorisés et le préjudice subi, (3) les facteurs pertinents pour évaluer ce lien dans des cas comme la présente affaire comprennent le pouvoir, la confiance et la mesure dans laquelle l'emploi a permis ou masqué la faute, (4) des considérations de politique générale, comme la dissuasion et la question de savoir laquelle de deux parties «innocentes» devrait assumer la perte, devraient également être prises en compte pour établir la responsabilité, et (5) il ne devrait pas y avoir de règle particulière pour l'employeur qui est un organisme sans but lucratif.

8 The various reasons in the Court of Appeal present a sophisticated and nuanced review of this difficult issue and the considerations that may properly bear on it. Given that many of the ideas will be discussed in the analysis that follows, I content myself with sketching their respective themes. Huddart J.A. emphasized the power-trust relationship as key to finding the necessary connection between an authorized act and the wrong. Newbury J.A., while relying on the trust inherent in Curry's duties, included in the analysis other factors like spatial, temporal and "formal" connections (employer objectives permitting or encouraging the wrong). Hollinrake J.A. (Donald J.A. concurring) agreed with both Huddart J.A. and Newbury J.A., and stressed the need for a sufficient connection between the duties of the employee and the wrong. Finally, Finch J.A., who also agreed with both Huddart J.A. and Newbury J.A. (and, by implication, also

Les divers motifs de la Cour d'appel présentent un examen subtil et nuancé de cette difficile question et des considérations qui peuvent à juste titre s'y rapporter. Étant donné qu'un bon nombre de ces idées seront examinées dans l'analyse qui suit, je vais me contenter d'en esquisser les thèmes respectifs. Le juge Huddart a souligné que le rapport de force et de confiance est l'élément clé pour établir le lien nécessaire entre un acte autorisé et la faute commise. Le juge Newbury, tout en se fondant sur la confiance inhérente aux fonctions de Curry, a inclus dans l'analyse d'autres facteurs comme les liens spatiaux, temporels et «formels» (les objectifs de l'employeur permettant ou encourageant la faute). Le juge Hollinrake (avec l'appui du juge Donald) était du même avis que les juges Huddart et Newbury et a souligné la nécessité d'un lien suffisant entre les fonctions de l'employé et la faute commise. Enfin, le juge Finch, qui était aussi d'accord avec les juges Huddart et Newbury

Hollinrake J.A. (Donald J.A. concurring)), took the view that outcomes in this area of the law rest more on policy considerations than on coherent legal principle, and advocated a case-by-case, policy-oriented approach.

#### IV. Issues

The issue in this appeal is whether the Foundation is vicariously liable for its employee's sexual assault of a child in its care. This poses two sub-issues:

- (1) May employers be held vicariously liable for their employees' sexual assaults on clients or persons within their care?
- (2) If so, should non-profit employers be exempted from liability?

#### V. Analysis

##### A. *May Employers Be Held Vicariously Liable for Their Employees' Sexual Assaults on Clients or Persons Within Their Care?*

Both parties agree that the answer to this question is governed by the *Salmond* test, which posits that employers are vicariously liable for (1) employee acts authorized by the employer; or (2) unauthorized acts so connected with authorized acts that they may be regarded as modes (albeit improper modes) of doing an authorized act. Both parties also agree that we are here concerned with the second branch of the test. They diverge, however, on what the second branch of the test means. The Foundation says that its employee's sexual assaults of Bazley were not "modes" of doing an authorized act. Bazley, on the other hand, submits that the assaults were a mode of performing authorized tasks, and that courts have often found

(et, implicitement, avec le juge Hollinrake (qui avait l'appui du juge Donald)), estimait que l'issue dans ce domaine du droit repose davantage sur des considérations de politique générale que sur des principes juridiques cohérents, et a préconisé une méthode cas par cas, axée sur une politique générale.

#### IV. Les questions en litige

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation est engagée en raison de l'agression sexuelle commise par son employé sur un enfant dont elle avait la garde. Cela soulève deux sous-questions:

- (1) La responsabilité du fait d'autrui de l'employeur peut-elle être engagée en raison de l'agression sexuelle commise par son employé sur un client ou une personne confiée à ses soins?
- (2) Dans l'affirmative, l'employeur qui est un organisme sans but lucratif devrait-il être exonéré de toute responsabilité?

#### V. Analyse

##### A. *La responsabilité du fait d'autrui de l'employeur peut-elle être engagée en raison de l'agression sexuelle commise par son employé sur un client ou une personne confiée à ses soins?*

Les deux parties conviennent que la réponse à cette question est régie par le critère *Salmond*, qui veut que la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur soit engagée en raison (1) des actes d'un employé autorisés par cet employeur, ou (2) des actes non autorisés qui sont si étroitement liés aux actes autorisés qu'ils peuvent être considérés comme des façons (quoiqu'incorrectes) d'accomplir un acte autorisé. Les deux parties conviennent également que c'est le deuxième volet du critère qui est en cause en l'espèce. Toutefois, ils ne s'entendent sur le sens à lui donner. La Fondation affirme que les agressions sexuelles que son employé a commises sur Bazley ne sont pas des «façons» d'accomplir un acte autorisé. Par contre,

employers vicariously liable for intentional wrongs of employees comparable to sexual assault.

Bazley soutient que les agressions étaient une façon d'accomplir des tâches autorisées et que les tribunaux ont souvent conclu que la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur était engagée en raison de la faute intentionnelle comparable à une agression sexuelle qu'un employé avait commise.

11 The problem is that it is often difficult to distinguish between an unauthorized "mode" of performing an authorized act that attracts liability, and an entirely independent "act" that does not. Unfortunately, the test provides no criterion on which to make this distinction. In many cases, like the present one, it is possible to characterize the tortious act either as a mode of doing an authorized act (as the respondent would have us do), or as an independent act altogether (as the appellants would suggest). In such cases, how is the judge to decide between the two alternatives?

Le problème est qu'il est souvent difficile d'établir une distinction entre une «façon» non autorisée d'accomplir un acte autorisé qui engage la responsabilité, et un «acte» tout à fait indépendant qui ne le fait pas. Malheureusement, le critère ne fournit aucun élément qui puisse servir de base à cette distinction. Dans de nombreux cas, comme la présente affaire, il est possible d'envisager l'acte délictueux soit comme une façon d'accomplir un acte autorisé (comme l'intimé nous invite à le faire), soit comme un acte tout à fait indépendant (comme les appelants le proposent). Dans ces cas, que doit faire le juge pour choisir entre les deux solutions?

12 One answer is to look at decided cases on similar facts. As Salmond and Heuston, *supra*, put it, "the principle is easy to state but difficult to apply. All that can be done is to provide illustrations on either side of the line" (p. 522). The problem is that only very close cases may be useful. Fleming observes that "[n]o statistical measurement is possible [of when such torts are properly said to be within the "scope of employment"], and precedents are helpful only when they present a suggestive uniformity on parallel facts" (J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 421).

Une possibilité consiste à examiner la jurisprudence portant sur des faits similaires. Comme Salmond et Heuston, *op. cit.*, l'affirment, [TRADUCTION] «le principe est facile à énoncer, mais difficile à appliquer. Tout ce qu'on peut faire, c'est donner des exemples de part et d'autre» (p. 522). Le problème est que seules les affaires très semblables peuvent être utiles. Fleming fait remarquer que [TRADUCTION] «[a]ucune évaluation statistique [des cas où on peut affirmer, à juste titre, que ces délits ont été commis dans l'"exercice des fonctions"] n'est possible, et les précédents ne sont utiles que s'ils présentent une uniformité évocatrice découlant de faits semblables» (J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9<sup>e</sup> éd. 1998), à la p. 421).

13 Where decided cases do not help, Salmond and Heuston, *supra*, at p. 522, suggest the impasse may be resolved by the devices of a *prima facie* case and shifting evidentiary burden. If the plaintiff establishes that the employee's act was done on the employer's premises, during working hours, and that it bears a close connection with the work that the employee was authorized to do, then the responsibility shifts to the employer to show that the act is one for which it was not responsible. But this is not so much a test as a default position, and

En ce qui concerne les cas où la jurisprudence n'est d'aucune utilité, Salmond et Heuston, *op. cit.*, à la p. 522, proposent de résoudre l'impasse au moyen d'une preuve *prima facie* et du déplacement de la charge de preuve. Si le demandeur établit que l'employé a accompli l'acte reproché dans les locaux de l'employeur, pendant les heures de travail, et que cet acte est étroitement lié au travail que l'employé était autorisé à effectuer, il incombe alors à l'employeur de démontrer qu'il s'agissait d'un acte dont il n'était pas responsable. Toutefois,

it remains unclear exactly what the employer would need to show to escape responsibility.

Increasingly, courts confronted by issues of vicarious liability where no clear precedent exists are turning to policy for guidance, examining the purposes that vicarious liability serves and asking whether imposition of liability in the new case before them would serve those purposes: see Fleming, *supra*, at p. 410; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, *per La Forest J.*

This review suggests that the second branch of the *Salmond* test may usefully be approached in two steps. First, a court should determine whether there are precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls. If prior cases do not clearly suggest a solution, the next step is to determine whether vicarious liability should be imposed in light of the broader policy rationales behind strict liability. This Court has an additional duty: to provide guidance for lower tribunals. Accordingly, I will try to proceed from these first two steps to articulate a rule consistent with both the existing cases and the policy reasons for vicarious liability.

### 1. Previous Cases

This is one of those difficult cases where there is little helpful precedent to guide the Court in determining whether the employee's tortious act should be viewed as an unauthorized mode of an authorized act, or as an altogether independent act. Apart from one recent case in the United Kingdom, the issue before us appears not to have been previously considered in depth by higher tribunals. Nevertheless, it may be useful to review the situations where courts have held employers vicariously liable for the unauthorized torts of employees. At very least, they may suggest recurring concepts

ce n'est pas tant un critère qu'une solution par défaut, et on ne sait pas encore très bien ce que l'employeur devrait démontrer pour échapper à toute responsabilité.

Les tribunaux aux prises avec des questions de responsabilité du fait d'autrui, dans des cas où il n'existe pas de précédent clair, recourent de plus en plus à une politique générale consistant à examiner les objectifs de la responsabilité du fait d'autrui et à se demander si l'imputation de responsabilité dans la nouvelle affaire dont ils sont saisis serait conforme à ces objectifs: voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 410; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, le juge La Forest.

Cet examen montre qu'il peut être utile d'aborder en deux étapes le deuxième volet du critère *Salmond*. Le tribunal doit d'abord décider s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause. Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la prochaine étape consiste à décider si la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité stricte. Notre Cour a en outre le devoir de guider les tribunaux inférieurs. Par conséquent, je vais essayer de formuler, à partir de ces deux premières étapes, une règle compatible tant avec la jurisprudence existante qu'avec les raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui.

### 1. La jurisprudence

La présente affaire est l'un de ces cas difficiles où notre Cour dispose de peu de précédents pour décider s'il y a lieu de considérer l'acte délictueux de l'employé comme une façon non autorisée d'accomplir un acte autorisé ou comme un acte tout à fait indépendant. Abstraction faite d'une affaire récente au Royaume-Uni, les tribunaux supérieurs ne semblent pas avoir déjà analysé en profondeur la question dont nous sommes saisis. Néanmoins, il peut être utile d'examiner les situations dans lesquelles les tribunaux ont conclu que la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur était engagée en

14

15

16

and policy considerations that shed light on how the issue should be resolved.

17 The relevant cases may usefully be grouped into three general categories: (1) cases based on the rationale of “furtherance of the employer’s aims”; (2) cases based on the employer’s creation of a situation of friction; and (3) the dishonest employee cases. If we can find a common thread among these three categories of cases, it may suggest how the test should be interpreted.

18 The cases confirming vicarious liability on the basis that the employee was acting in furtherance of the employer’s aims rely on the agency rationale implicit in the *Salmond* test: see, e.g., *Kay v. I.T.W. Ltd.*, [1968] 1 Q.B. 140 (C.A.). Because the employee was acting in furtherance of the employer’s aims, he or she is said to have “ostensible” or “implied” authority to do the unauthorized act. This rationale works well enough for torts of negligent accident. It does not suffice for intentional torts, however. It is difficult to maintain the fiction that an employee who commits an assault or theft was authorized to do so, even “ostensibly”: see H. J. Laski, “The Basis of Vicarious Liability” (1916), 26 *Yale L.J.* 105. I would put the line of cases addressing the distinction between a “frolic” and a “detour” in this group.

19 The cases based on the employer’s creation of a situation of friction rest on the idea that if the employer’s aims or enterprise incidentally create a situation of friction that may give rise to employees committing tortious acts, an employee’s intentional misconduct can be viewed as falling within the scope of the employment and the employer is vicariously liable for ensuing harm. This rationale was used to extend vicarious liability to intentional torts like a provoked bartender’s assault on an obnoxious customer. While it does not rest on

raison du délit non autorisé commis par un employé. Il peut, à tout le moins, en ressortir des notions et des considérations de politique générale récurrentes qui clarifient la façon de régler la question.

La jurisprudence pertinente peut être classée utilement en trois catégories générales: (1) la jurisprudence fondée sur le raisonnement de la «réalisation des objectifs de l’employeur», (2) la jurisprudence fondée sur la création d’une situation de conflit par l’employeur, et (3) la jurisprudence relative aux employés malhonnêtes. Si nous pouvons trouver un dénominateur commun à ces trois catégories de jurisprudence, cela pourra nous indiquer la façon d’interpréter le critère.

La jurisprudence confirmant la responsabilité du fait d’autrui pour le motif que l’employé agissait en vue de réaliser les objectifs de l’employeur repose sur le raisonnement du mandat contenu implicitement dans le critère *Salmond*: voir, par exemple, *Kay c. I.T.W. Ltd.*, [1968] 1 Q.B. 140 (C.A.). Étant donné que l’employé agissait en vue de réaliser les objectifs de l’employeur, il avait, dit-on, le pouvoir [TRADUCTION] «apparent» ou «implicite» d’accomplir l’acte non autorisé. Ce raisonnement, qui fonctionne assez bien dans le cas du délit de l’accident causé par négligence, n’est toutefois pas suffisant dans le cas du délit intentionnel. Il est difficile de croire qu’un employé qui a commis des voies de fait ou un vol était autorisé à le faire, même [TRADUCTION] «en apparence»: voir H. J. Laski, «The Basis of Vicarious Liability» (1916), 26 *Yale L.J.* 105. Je classerais dans cette catégorie le courant de jurisprudence portant sur la distinction entre un «jeu» et une «déviation».

La jurisprudence fondée sur la création d’une situation de conflit par l’employeur repose sur l’idée que, si les objectifs ou l’entreprise de l’employeur créent indirectement une situation de conflit qui peut amener des employés à accomplir des actes délictueux, l’inconduite intentionnelle d’un employé peut être considérée comme relevant de l’exercice de ses fonctions et la responsabilité du fait d’autrui de l’employeur est engagée pour le préjudice qui en découle. Ce raisonnement a servi à étendre la responsabilité du fait d’autrui aux

ostensible or implied authority, it builds on the logic of risk and accident inherent in the cases imposing vicarious liability on the basis that the employee was acting to further the employer's aims. Intentional torts arising from situations of friction are like accidents in that they stem from a risk attendant on carrying out the employer's aims. Like accidents, they occur in circumstances where such incidents can be expected to arise because of the nature of the business, and hence their ramifications appropriately form part of the cost of doing business. See, e.g., *Ryan v. Fildes*, [1938] 3 All E.R. 517 (K.B.D.) (schoolteachers' discipline); *Daniels v. Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 1 (C.A.) (dance hall "bouncer"); *Dyer v. Munday*, [1895] 1 Q.B. 742 (C.A.) (furniture repossessor); *Lakatosh v. Ross* (1974), 48 D.L.R. (3d) 694 (Man. Q.B.) (bouncer); *Cole v. California Entertainment Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 2162 (QL) (C.A.) (bouncer).

Neither furtherance of the employer's aims nor creation of situations of friction, however, suffice to justify vicarious liability for employee theft or fraud, according to cases like *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716 (H.L.), and *The Queen v. Levy Brothers Co.*, [1961] S.C.R. 189. The language of authority, whether actual or ostensible, is inappropriate for intentional, fraudulent conduct like the theft of a client's property. A bank employee stealing a client's money cannot be said to be furthering the bank's aims. Nor does the logic of a situation of friction apply, unless one believes that any money-handling operation generates an inexorable temptation to steal. Nevertheless, courts considering this type of case have increasingly held employers vicariously liable, even when the employee's conduct is antithetical to the employer's business: see, e.g., *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381 (T.D.) (unauthorized intentional infliction of nervous shock by supervi-

délits intentionnels comme les voies de fait avec provocation auxquelles un barman se livre sur un client insupportable. Bien qu'il ne repose pas sur un pouvoir apparent ou implicite, il se fonde sur la logique du risque et de l'accident inhérente à la jurisprudence qui impute la responsabilité du fait d'autrui pour le motif que l'employé agissait en vue de réaliser les objectifs de l'employeur. Les délits intentionnels découlant de situations de conflit se comparent à des accidents dans la mesure où ils sont imputables à un risque concomitant de la réalisation des objectifs de l'employeur. À l'instar des accidents, ils surviennent dans des circonstances où on peut s'y attendre en raison de la nature de l'entreprise et, en conséquence, leurs ramifications font à juste titre partie du coût d'exploitation de l'entreprise. Voir, par exemple, *Ryan c. Fildes*, [1938] 3 All E.R. 517 (K.B.D.) (discipline des enseignants); *Daniels c. Whetstone Entertainments, Ltd.*, [1962] 2 Lloyd's Rep. 1 (C.A.) («videur» de salle de danse); *Dyer c. Munday*, [1895] 1 Q.B. 742 (C.A.) (personne faisant la reprise de possession d'ameublement); *Lakatosh c. Ross* (1974), 48 D.L.R. (3d) 694 (B.R. Man.) (videur); *Cole c. California Entertainment Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 2162 (QL) (C.A.) (videur).

Cependant, selon des affaires comme *Lloyd c. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716 (H.L.), et *The Queen c. Levy Brothers Co.*, [1961] R.C.S. 189, ni la réalisation des objectifs de l'employeur ni la création de situations de conflit ne suffisent à justifier la responsabilité du fait d'autrui pour le vol ou la fraude commis par un employé. Le langage du pouvoir, qu'il soit réel ou apparent, ne convient pas à une conduite intentionnelle et frauduleuse comme le vol des biens d'un client. On ne saurait dire qu'un employé de banque qui vole l'argent d'un client agit en vue de réaliser les objectifs de la banque. La logique d'une situation de conflit ne s'applique pas non plus, à moins que l'on ne croie que toute activité où l'on manipule de l'argent provoque inmanquablement la tentation de voler. Néanmoins, les tribunaux qui ont examiné ce genre d'affaire ont de plus en plus tenu les employeurs responsables du fait d'autrui, même si la conduite de l'employé était contraire aux

sory employee on his subordinate found to invoke vicarious liability for the employer, albeit it based on statutory, as opposed to common law, principles).

activités de l'employeur: voir, par exemple, *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.) (où il a été jugé que le choc nerveux qu'un surveillant avait fait subir de façon intentionnelle et non autorisée à son subalterne engageait la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur, quoiqu'elle fût fondée sur des principes de droit écrit plutôt que sur des principes de common law).

21 At the heart of the dishonest employee decisions is consideration of fairness and policy: see Laski, *supra*, at p. 121. As P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at p. 263, puts it, "certain types of wilful acts, and in particular frauds and thefts, are only too common, and the fact that liability is generally imposed for torts of this kind shows that the courts are not unmindful of considerations of policy." The same logic dictates that where the employee's wrongdoing was a random act wholly unconnected to the nature of the enterprise and the employee's responsibilities, the employer is not vicariously liable. Thus an employer has been held not liable for a vengeful assault by its store clerk: *Warren v. Henlys, Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 935 (K.B.D.).

Des considérations de politique générale et d'équité sont au cœur des décisions portant sur des employés malhonnêtes: voir Laski, *loc. cit.*, à la p. 121. Comme l'affirme P. S. Atiyah, dans *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), à la p. 263, [TRADUCTION] «certains types d'actes délictueux, notamment la fraude et le vol, ne sont que trop répandus, et le fait qu'il y ait généralement imputation de responsabilité pour ce genre de délits montre que les tribunaux ne sont pas indifférents aux considérations de politique générale.» La même logique exige que, lorsque l'acte fautif de l'employé a été accompli au hasard et n'a absolument rien à voir avec la nature de l'entreprise et les responsabilités de l'employé, la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur ne soit pas engagée. Ainsi, un marchand a été jugé non responsable des voies de fait que son employé avait commises par vengeance: *Warren c. Henlys, Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 935 (K.B.D.).

22 Looking at these three general classes of cases in which employers have been held vicariously liable for employees' unauthorized torts, one sees a progression from accidents, to accident-like intentional torts, to torts that bear no relationship to either agency-like conduct or accident. In search of a unifying principle, one asks what the three classes of cases have in common. At first glance, it may seem little. Yet with the benefit of hindsight it is possible to posit one common feature: in each case it can be said that the employer's enterprise had created the risk that produced the tortious act. The language of "furtherance of the employer's aims" and the employer's creation of "a situation of friction" may be seen as limited formulations of the concept of enterprise risk that underlies the dishonest employee cases. The common theme resides in the idea that where the employee's

À l'examen de ces trois catégories générales de jurisprudence où il a été décidé que la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur était engagée en raison du délit non autorisé commis par un employé, on constate qu'on est passé des accidents à des délits intentionnels apparentés à des accidents et à des délits n'ayant rien à voir avec une conduite semblable à celle d'un mandataire ou avec un accident. En cherchant un principe unificateur, on se demande ce que ces trois catégories de jurisprudence ont en commun. À première vue, il peut sembler qu'elles ont peu de choses en commun. Pourtant, en rétrospective, il est possible de déceler un point commun: dans chaque cas, il est possible d'affirmer que l'entreprise de l'employeur avait créé le risque à l'origine de l'acte délictueux. L'expression «réalisation des objectifs de l'employeur» et la création par l'employeur d'une

conduct is closely tied to a risk that the employer's enterprise has placed in the community, the employer may justly be held vicariously liable for the employee's wrong.

If employers are vicariously liable for acts like employee theft, why not for sexual abuse? That was the question before the English Court of Appeal in *S.T. v. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98, where the court applied the *Salmond* test to reverse a finding of vicarious liability against a school council for a teacher who sexually accosted a mentally handicapped student during a school field trip to the continent. It held that the sexual tort was not an unauthorized mode of performing an authorized act; it was an independent act, outside the scope of the teacher's authority. The court recognized the difficulty of saying that some intentional acts, like a store clerk's assault, do not attract vicarious liability, while other intentional acts, like theft, do. In the end, however, it did not confront the underlying policy of vicarious liability, preferring to reason that sexual abuse was closer to the store clerk's assault than to a solicitor's clerk's theft. It interpreted the stolen property cases of *Levy Brothers* and *Lloyd*, thought by many to be developing law, as a minor off-shoot of a line of cases concerning entrustment of goods — a departure from the "general" rule.

The *S.T.* decision thus fails to successfully integrate the dishonest employee cases. It also rests on the questionable conclusion that sexual torts by

«situation de conflit» peuvent être considérées comme des formulations limitées de la notion de risque d'entreprise qui sous-tend la jurisprudence relative aux employés malhonnêtes. Le thème commun est l'idée que, si la conduite de l'employé est étroitement liée à un risque auquel l'entreprise de l'employeur a exposé la collectivité, l'employeur peut se voir imputer à juste titre la responsabilité du fait d'autrui pour la faute de cet employé.

Si la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur est engagée en raison d'un acte tel que le vol commis par un employé, pourquoi ne la serait-elle pas pour une agression sexuelle? Telle était la question dont était saisie la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *S.T. c. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98, où elle a appliqué le critère *Salmond* pour infirmer une conclusion que la responsabilité du fait d'autrui d'un conseil scolaire était engagée en raison de l'agression sexuelle dont un élève atteint de déficience intellectuelle avait été victime de la part d'un enseignant, au cours d'une sortie scolaire sur le continent. Elle a statué que le délit sexuel n'était pas une façon non autorisée d'accomplir un acte autorisé; il s'agissait d'un acte indépendant qui excédait le pouvoir de l'enseignant. La cour a reconnu qu'il est difficile d'affirmer que certains actes intentionnels, comme les voies de fait commises par un employé de magasin, n'engagent pas la responsabilité du fait d'autrui, alors que d'autres actes intentionnels, comme le vol, le font. En fin de compte, elle n'a toutefois pas abordé la politique générale qui sous-tend la responsabilité du fait d'autrui, préférant soutenir que l'agression sexuelle s'apparentait davantage aux voies de fait commises par un employé de magasin qu'au vol commis par le clerc d'un avocat. Elle a interprété les affaires de biens volés *Levy Brothers* et *Lloyd*, qui, d'après bien des gens, représentaient une évolution du droit, comme une ramification peu importante du courant de jurisprudence portant sur la garde de biens — une dérogation à la règle «générale».

L'arrêt *S.T.* n'incorpore donc pas avec succès la jurisprudence relative aux employés malhonnêtes. Il repose également sur la conclusion discutabile

caretakers against children are closer to a shop assault than a bank employee's conversion. (While a molestation is a physical attack, it is equally arguable that the trust-abusing character of child abuse fits more in the dishonesty genre.) Furthermore, the opinion's reasoning depends on the level of generality with which the sexual act is described. Instead of describing the act in terms of the employee's duties of supervising and caring for vulnerable students during a study trip abroad, the Court of Appeal cast it in terms unrelated to those duties. Important legal decisions should not turn on such semantics. As Atiyah points out (*supra*, at p. 263): "conduct can be correctly described at varying levels of generality, and no one description of the "act" on which the servant was engaged is necessarily more correct than any other." Finally, the reasoning in *S.T.* leads to anomalies. Lowry J.'s question in the chambers decision appealed from (at p. 223) remains unanswered: "If a postal clerk's theft and a solicitor's clerk's fraud can be said to have been committed in the course of their employment, I can see no sound basis in principle on which it can be concluded that Curry's criminal conduct should not attract vicarious liability." Or, as Wilkinson J. expressed more bluntly in the companion appeal (*G.J. v. Griffiths*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL) (S.C.), at para. 76), "[s]urely a distinction is not to be drawn attributing a higher standard to the way society looks after its jewellery than its children."

que les délits sexuels commis sur des enfants par des gardiens s'apparentent davantage aux voies de fait commises dans une boutique qu'au détournement de fonds par un employé de banque. (Bien que l'agression sexuelle soit une agression physique, on peut tout autant soutenir que l'abus de confiance qu'implique l'agression sexuelle d'enfants s'apparente davantage à la malhonnêteté.) En outre, le raisonnement sous-jacent à cette opinion dépend du degré de généralité de la description de l'acte sexuel en cause. Au lieu de décrire l'acte en fonction des tâches de l'employé qui consistaient à surveiller des élèves vulnérables et à s'en occuper pendant un voyage d'études à l'étranger, la Cour d'appel l'a défini d'une manière qui n'a rien à voir avec ces tâches. Les décisions judiciaires importantes ne devraient pas reposer sur une telle sémantique. Comme Atiyah le souligne (*op. cit.*, à la p. 263): [TRADUCTION] «la conduite peut être décrite correctement de manière plus ou moins générale et aucune description de l'"acte" auquel l'employé s'est livré n'est nécessairement mieux qu'une autre.» Enfin, le raisonnement de l'arrêt *S.T.* entraîne des anomalies. La question que soulève le juge en chambre Lowry dans sa décision portée en appel (à la p. 223) demeure sans réponse: [TRADUCTION] «S'il est possible de dire que le vol d'un commis des postes et la fraude d'un clerc d'avocat ont été perpétrés dans l'exercice de leurs fonctions, je ne vois aucun motif de principe valable de conclure que la conduite criminelle de Curry ne devrait pas déclencher la responsabilité du fait d'autrui.» Ou encore, comme le juge Wilkinson l'a exprimé plus catégoriquement dans l'appel connexe (*G.J. c. Griffiths*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL) (C.S.), au par. 76), [TRADUCTION] «[i]l ne faut sûrement pas faire une distinction qui imposerait, à l'égard de la façon dont la société veille sur ses bijoux, une norme plus élevée qu'en ce qui a trait à celle dont elle veille sur ses enfants.»

25

To return to the approach suggested earlier, precedent does not resolve the issue before us. We must therefore proceed to the second stage of the inquiry — a consideration of the policy reasons for vicarious liability, in the hope of discerning a principle to guide courts in future cases.

Pour revenir à la solution proposée plus tôt, les précédents ne règlent pas la question dont nous sommes saisis. Nous devons donc passer à la seconde étape de l'analyse — l'examen des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui, dans l'espoir de dégager un principe qui guidera les tribunaux à l'avenir.

## 2. Policy Considerations

Vicarious liability has always been concerned with policy: Fleming, *supra*, at pp. 409 *et seq.* The view of early English law that a master was responsible for all the wrongs of his servants (as well as his wife's and his children's) represented a policy choice, however inarticulate, as to who should bear the loss of wrongdoing and how best to deter it. The narrowing of vicarious responsibility with the expansion of commerce and trade and the rise of industrialism also represented a policy choice. Indeed, it represented a compromise between two policies — the social interest in furnishing an innocent tort victim with recourse against a financially responsible defendant, and a concern not to foist undue burdens on business enterprises: Fleming, *ibid.* The expansion of vicarious liability in the 20th century from authorization-based liability to broader classes of ascription is doubtless driven by yet other policy concerns. “[V]icarious liability cannot parade as a deduction from legalistic premises, but should be frankly recognised as having its basis in a combination of policy considerations” (Fleming, at p. 410).

A focus on policy is not to diminish the importance of legal principle. It is vital that the courts attempt to articulate general legal principles to lend certainty to the law and guide future applications. However, in areas of jurisprudence where changes have been occurring in response to policy considerations, the best route to enduring principle may well lie through policy. The law of vicarious liability is just such a domain.

Recognizing the policy-driven perspective of the law of vicarious liability, La Forest J. in *London Drugs*, *supra*, opined that vicarious liability was

## 2. Considérations de politique générale

La responsabilité du fait d'autrui a toujours été axée sur une politique générale: Fleming, *op. cit.*, aux pp. 409 et suiv. La position du droit anglais ancien selon laquelle l'employeur était responsable de toutes les fautes de son employé (y compris celles de son épouse et de ses enfants) constituait un choix de politique générale, bien que non exprimé clairement, quant à savoir qui devait assumer la perte causée par l'acte fautif et quant au meilleur moyen de dissuasion. La limitation de la responsabilité du fait d'autrui, qui a coïncidé avec l'accroissement des échanges et du commerce et la naissance de l'industrialisme, représentait aussi un choix de politique générale. Il s'agissait, en réalité, d'un compromis entre deux politiques — l'intérêt qu'a la société à fournir à la victime innocente d'un délit un recours contre un défendeur solvable et le souci de ne pas imposer un fardeau indu aux entreprises commerciales: Fleming, *ibid.* Il n'y a aucun doute que ce sont encore d'autres considérations de politique générale qui sont à l'origine de l'élargissement de la responsabilité du fait d'autrui au XX<sup>e</sup> siècle, d'une responsabilité fondée sur l'autorisation à des catégories plus larges d'imputation. [TRADUCTION] «[L]a responsabilité du fait d'autrui ne peut pas passer pour une déduction fondée sur des prémisses formalistes, mais devrait franchement être reconnue comme reposant sur une combinaison de considérations de politique générale» (Fleming, à la p. 410).

L'accent mis sur une politique générale ne doit pas diminuer l'importance des principes juridiques. Il est essentiel que les tribunaux tentent d'établir des principes juridiques généraux pour conférer une certitude au droit et guider son application future. Toutefois, dans les domaines de jurisprudence où des changements sont survenus en raison de considérations de politique générale, l'application d'une politique générale peut bien représenter la meilleure façon d'établir un principe durable. Le droit de la responsabilité du fait d'autrui est justement un de ces domaines.

Reconnaissant que ce sont des considérations de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui, le juge La Forest, dans l'arrêt

26

27

28

traditionnellement considéré à reposer sur l'un ou l'autre de deux bases logiques: (1) que les actes de l'employé sont regardés en droit comme étant autorisés par l'employeur et, en conséquence, comme étant ceux de l'employeur (la «théorie du délit de l'employeur» ou «théorie de la responsabilité directe»), ou (2) celui voulant que l'employeur soit le supérieur de l'employé et que ce dernier soit sous ses ordres (la «théorie du délit de l'employé») (aux pp. 335 et 336, citant G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 314-15; Atiyah, *supra*, aux pp. 6-7; G. Williams, «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522). La Forest J., citant Fridman (à la p. 315), a toutefois ajouté que «ni l'un ni l'autre de ces deux fondements logiques ne permet d'expliquer complètement l'application de la règle de la responsabilité du fait d'autrui [. . .] «n'exprim[ant] pas tant la raison d'être véritable de la responsabilité du fait d'autrui, mais constitu[ant] une tentative, en droit, d'expliquer d'une façon formelle et technique pourquoi la responsabilité du fait d'autrui existe en droit» (p. 336). Confronté à l'absence dans le droit existant d'un principe cohérent pour expliquer la responsabilité du fait d'autrui, le juge La Forest a conclu qu'elle reposait sur une politique générale (*policy*) (à la p. 336): «le régime de la responsabilité du fait d'autrui est mieux perçu comme une réponse à un certain nombre de questions de principe [*policy concerns*]. Dans le domaine traditionnel de l'application de la responsabilité du fait d'autrui, ces questions sont principalement liées au dédommagement, à la dissuasion et à l'imputation de la perte.»

*London Drugs*, précité, a exprimé l'avis que l'on considèrerait habituellement que la responsabilité du fait d'autrui reposait sur l'un des deux fondements logiques suivants: (1) celui voulant que les actes de l'employé soient considérés en droit comme étant autorisés par l'employeur et, en conséquence, comme étant ceux de l'employeur (la «théorie du délit de l'employeur» ou «théorie de la responsabilité directe»), ou (2) celui voulant que l'employeur soit le supérieur de l'employé et que ce dernier soit sous ses ordres (la «théorie du délit de l'employé») (aux pp. 335 et 336, citant G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 314 et 315; Atiyah, *op. cit.*, aux pp. 6 et 7; G. Williams, «Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?» (1956), 72 *L.Q. Rev.* 522. Le juge La Forest, citant Fridman (à la p. 315), a toutefois ajouté que «ni l'un ni l'autre de ces deux fondements logiques ne permet d'expliquer complètement l'application de la règle de la responsabilité du fait d'autrui [. . .] «n'exprim[ant] pas tant la raison d'être véritable de la responsabilité du fait d'autrui, mais constitu[ant] une tentative, en droit, d'expliquer d'une façon formelle et technique pourquoi la responsabilité du fait d'autrui existe en droit» (p. 336). Confronté à l'absence dans le droit existant d'un principe cohérent pour expliquer la responsabilité du fait d'autrui, le juge La Forest a conclu qu'elle reposait sur une politique générale (*policy*) (à la p. 336): «le régime de la responsabilité du fait d'autrui est mieux perçu comme une réponse à un certain nombre de questions de principe [*policy concerns*]. Dans le domaine traditionnel de l'application de la responsabilité du fait d'autrui, ces questions sont principalement liées au dédommagement, à la dissuasion et à l'imputation de la perte.»

29

Fleming has identified similar policies lying at the heart of vicarious liability. In his view, two fundamental concerns underlie the imposition of vicarious liability: (1) provision of a just and practical remedy for the harm; and (2) deterrence of future harm. While different formulations of the policy interests at stake may be made (for example, loss internalization is a hybrid of the two), I believe that these two ideas usefully embrace the

Fleming identifie des politiques similaires qui sont au cœur de la responsabilité du fait d'autrui. Il est d'avis que deux préoccupations fondamentales sont à l'origine de l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui: (1) fournir un recours juste et pratique pour le préjudice subi, et (2) dissuader de causer un préjudice à l'avenir. Bien qu'il soit possible de formuler de différentes façons les intérêts généraux en jeu (par exemple, l'imputation de la

main policy considerations that have been advanced.

First and foremost is the concern to provide a just and practical remedy to people who suffer as a consequence of wrongs perpetrated by an employee. Fleming expresses this succinctly (at p. 410): “a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise”. The idea that the person who introduces a risk incurs a duty to those who may be injured lies at the heart of tort law. As Cardozo C.J. stated in *Palsgraf v. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), at p. 100, “[t]he risk reasonably to be perceived defines the duty to be obeyed, and risk imports relation; it is risk to another or to others within the range of apprehension.” This principle of fairness applies to the employment enterprise and hence to the issue of vicarious liability. While charitable enterprises may not employ people to advance their economic interests, other factors, discussed below, make it fair that they should bear the burden of providing a just and practical remedy for wrongs perpetrated by their employees. This policy interest embraces a number of subsidiary goals. The first is the goal of effective compensation. “One of the most important social goals served by vicarious liability is victim compensation. Vicarious liability improves the chances that the victim can recover the judgment from a solvent defendant.” (B. Feldthusen, “Vicarious Liability for Sexual Torts”, in *Torts Tomorrow* (1998), 221, at p. 224.) Or to quote Fleming, the master is “a more promising source of recompense than his servant who is apt to be a man of straw” (p. 410).

perte est une combinaison des deux), je crois que ces deux idées englobent utilement les principales considérations de politique générale qui ont été présentées.

D’abord et avant tout, il y a le souci de fournir un recours juste et pratique aux gens qui subissent les conséquences des fautes d’un employé. Fleming exprime cela de façon succincte (à la p. 410): [TRADUCTION] «la personne qui emploie d’autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l’exploitation de son entreprise». L’idée que la personne qui crée le risque a une obligation envers les gens qui peuvent subir un préjudice est au cœur du droit de la responsabilité délictuelle. Comme le juge en chef Cardozo l’a affirmé dans *Palsgraf c. Long Island R. Co.*, 162 N.E. 99 (N.Y. 1928), à la p. 100, [TRADUCTION] «[l]e risque raisonnablement perceptible définit l’obligation à remplir, et le risque entraîne un rapport; il s’agit du risque que l’on peut appréhender pour autrui.» Ce principe d’équité s’applique à l’entreprise qui procure l’emploi et, partant, à la question de la responsabilité du fait d’autrui. Bien qu’il se puisse que des organismes de bienfaisance n’embauchent pas des gens pour servir leurs intérêts économiques, d’autres facteurs, analysés plus loin, font en sorte qu’il est juste qu’ils soient tenus de fournir une réparation juste et pratique pour les fautes de leurs employés. Cet intérêt général comporte plusieurs objectifs secondaires. Le premier est celui de l’indemnisation efficace. [TRADUCTION] «L’un des objectifs sociaux les plus importants de la responsabilité du fait d’autrui est l’indemnisation des victimes. La responsabilité du fait d’autrui augmente les chances de la victime de recouvrer le montant du jugement auprès d’un défendeur solvable.» (B. Feldthusen, «Vicarious Liability for Sexual Torts», dans *Torts Tomorrow* (1998), 221, à la p. 224.) Ou pour citer Fleming, l’employeur est [TRADUCTION] «une source de dédommagement plus prometteuse que son employé qui est susceptible d’être un homme de paille» (p. 410).

31

However, effective compensation must also be fair, in the sense that it must seem just to place liability for the wrong on the employer. Vicarious liability is arguably fair in this sense. The employer puts in the community an enterprise which carries with it certain risks. When those risks materialize and cause injury to a member of the public despite the employer's reasonable efforts, it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss. This accords with the notion that it is right and just that the person who creates a risk bear the loss when the risk ripens into harm. While the fairness of this proposition is capable of standing alone, it is buttressed by the fact that the employer is often in the best position to spread the losses through mechanisms like insurance and higher prices, thus minimizing the dislocative effect of the tort within society. "Vicarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents" (*London Drugs*, per La Forest J., at p. 339).

32

The second major policy consideration underlying vicarious liability is deterrence of future harm. Fixing the employer with responsibility for the employee's wrongful act, even where the employer is not negligent, may have a deterrent effect. Employers are often in a position to reduce accidents and intentional wrongs by efficient organization and supervision. Failure to take such measures may not suffice to establish a case of tortious negligence directly against the employer. Perhaps the harm cannot be shown to have been foreseeable under negligence law. Perhaps the employer can avail itself of the defence of compliance with the industry standard. Or perhaps the employer, while complying with the standard of reasonable care, was not as scrupulously diligent as it might feasibly have been. As Wilkinson J. explained

Toutefois, l'indemnisation efficace doit également être équitable, en ce sens qu'il doit sembler juste de tenir l'employeur responsable de la faute commise. Dans ce sens, il est possible de soutenir que la responsabilité du fait d'autrui est équitable. L'employeur implante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l'employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l'organisme qui a créé l'entreprise et, en conséquence, le risque. Cela concorde avec l'idée qu'il est juste et équitable que la personne à l'origine d'un risque assume la perte qui résulte quand le risque se matérialise et cause un préjudice. Quoique la justesse de cette proposition puisse être évidente en soi, elle est étayée par le fait que l'employeur est souvent le mieux placé pour répartir les pertes au moyen de mécanismes comme l'assurance et la hausse de prix, et ainsi pour réduire l'effet perturbateur du délit dans la société. «La responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires» (*London Drugs*, le juge La Forest, à la p. 339).

La deuxième considération majeure de politique générale qui sous-tend la responsabilité du fait d'autrui est la dissuasion de causer un préjudice à l'avenir. L'imputation à l'employeur, même non négligent, de la responsabilité de l'acte fautif accompli par l'employé peut avoir un effet dissuasif. L'employeur est souvent en mesure de réduire les accidents et les fautes intentionnelles au moyen d'une organisation et d'une supervision efficaces. Il se peut que l'omission de prendre de telles mesures ne soit pas suffisante pour constituer une preuve de négligence délictuelle directement contre lui. Il peut se révéler impossible de démontrer que le préjudice était prévisible au sens du droit en matière de négligence. L'employeur peut être en mesure d'invoquer comme moyen de défense la conformité avec la norme industrielle. Ou encore, il se peut que, même en respectant la norme de la diligence raisonnable, l'employeur n'ait pas aussi scrupuleusement fait preuve de diligence qu'il aurait pu le faire. Comme le juge Wilkinson l'a

in the companion appeal's trial judgment (at para. 69):

If the scourge of sexual predation is to be stamped out, or at least controlled, there must be powerful motivation acting upon those who control institutions engaged in the care, protection and nurturing of children. That motivation will not in my view be sufficiently supplied by the likelihood of liability in negligence. In many cases evidence will be lacking or have long since disappeared. The proof of appropriate standards is a difficult and uneven matter.

I agree. Beyond the narrow band of employer conduct that attracts direct liability in negligence lies a vast area where imaginative and efficient administration and supervision can reduce the risk that the employer has introduced into the community. Holding the employer vicariously liable for the wrongs of its employee may encourage the employer to take such steps, and hence, reduce the risk of future harm. A related consideration raised by Fleming is that by holding the employer liable, "the law furnishes an incentive to discipline servants guilty of wrongdoing" (p. 410).

The policy grounds supporting the imposition of vicarious liability — fair compensation and deterrence — are related. The policy consideration of deterrence is linked to the policy consideration of fair compensation based on the employer's introduction or enhancement of a risk. The introduction of the enterprise into the community with its attendant risk, in turn, implies the possibility of managing the risk to minimize the costs of the harm that may flow from it.

Policy considerations relating to the fair allocation of loss to risk-creating enterprises and the deterrence of harms tend to support the imposition of vicarious liability on employers. But, as Fleming notes, there often exists a countervailing concern. At one time the law held masters responsible for all wrongs committed by servants. Later, that policy was abandoned as too harsh in a complex commercial society where masters might not be in a position to supervise their servants closely.

expliqué dans le jugement de première instance rendu dans l'affaire connexe (au par. 69):

[TRADUCTION] Pour éliminer ou, du moins, freiner le fléau de la prédation sexuelle, il faut une motivation puissante chez les dirigeants d'établissements qui se consacrent à la garde, à la protection et à l'éducation d'enfants. À mon avis, la probabilité d'une responsabilité pour négligence ne suffira pas à fournir cette motivation. Dans bien des cas, la preuve sera inexistante ou aura depuis longtemps disparu. La preuve des normes appropriées est une question difficile et changeante.

Je partage cet avis. Au-delà de la gamme restreinte des comportements d'un employeur qui engendrent la responsabilité directe pour négligence, il existe un large secteur où un mode de gestion et de surveillance original et efficace peut réduire le risque auquel l'employeur expose la collectivité. Imputer à l'employeur la responsabilité du fait d'autrui pour les fautes de son employé peut l'inciter à prendre de telles mesures et, par conséquent, à réduire le risque de préjudice futur. Fleming fait observer, à titre connexe, qu'en tenant l'employeur responsable [TRADUCTION] «le droit l'incite à imposer des mesures disciplinaires à l'employé qui a commis une faute» (p. 410).

Les motifs de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la juste indemnisation et la dissuasion, sont connexes. La considération de politique générale que représente la dissuasion est liée à celle de la juste indemnisation fondée sur la création ou l'accroissement d'un risque par l'employeur. L'implantation de l'entreprise dans la collectivité avec les risques qu'elle comporte implique, en revanche, la possibilité de gérer le risque afin de réduire les coûts du préjudice qui peut en découler.

Les considérations de politique générale concernant l'attribution équitable de la perte aux entreprises qui créent des risques et la dissuasion de causer un préjudice tendent à justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur. Cependant, comme Fleming le fait remarquer, il y a souvent un facteur atténuant. À une époque, le droit tenait l'employeur responsable de toutes les fautes de son employé. Cette politique a été abandonnée parce qu'elle était trop dure dans une

33

34

35

Servants may commit acts, even on working premises and during working hours, which are so unconnected with the employment that it would seem unreasonable to fix an employer with responsibility for them. For example, if a man assaults his wife's lover (who coincidentally happens to be a co-worker) in the employees' lounge at work, few would argue that the employer should be held responsible. Similarly, an employer would not be liable for the harm caused by a security guard who decides to commit arson for his or her own amusement: see, e.g., *Plains Engineering Ltd. v. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129 (Alta. Q.B.).

société commerciale complexe où il est possible que des employeurs ne soient pas en mesure de surveiller étroitement leurs employés. Des employés peuvent accomplir des actes, même sur les lieux de travail et pendant les heures de travail, qui ont si peu de rapport avec leurs fonctions qu'il semblerait déraisonnable d'en tenir l'employeur responsable. Par exemple, si un homme se livrait à des voies de fait sur l'amant de sa femme (qui tout à fait par hasard se trouve être un collègue) dans le salon des employés au travail, peu de gens soutiendraient que l'employeur doit être tenu responsable. De même, un employeur ne serait pas responsable du préjudice causé par un gardien de sécurité qui décide d'allumer un incendie criminel pour se distraire: voir, par exemple, *Plains Engineering Ltd. c. Barnes Security Services Ltd.* (1987), 43 C.C.L.T. 129 (B.R. Alb.).

36

On further analysis, however, this apparently negative policy consideration of when liability would be appropriate is revealed as nothing more than the absence of the twin policies of fair compensation and deterrence that justify vicarious liability. A wrong that is only coincidentally linked to the activity of the employer and duties of the employee cannot justify the imposition of vicarious liability on the employer. To impose vicarious liability on the employer for such a wrong does not respond to common sense notions of fairness. Nor does it serve to deter future harms. Because the wrong is essentially independent of the employment situation, there is little the employer could have done to prevent it. Where vicarious liability is not closely and materially related to a risk introduced or enhanced by the employer, it serves no deterrent purpose, and relegates the employer to the status of an involuntary insurer. I conclude that a meaningful articulation of when vicarious liability should follow in new situations ought to be animated by the twin policy goals of fair compensation and deterrence that underlie the doctrine, rather than by artificial or semantic distinctions.

Toutefois, si on poursuit l'analyse, cette considération de politique générale apparemment négative des cas où il conviendrait d'imputer la responsabilité se révèle n'être rien de plus que l'absence des politiques jumelées de la juste indemnisation et de la dissuasion qui justifient la responsabilité du fait d'autrui. Une faute qui n'est liée que tout à fait par hasard à l'activité de l'employeur et aux fonctions de l'employé ne saurait justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur. L'imputation de cette responsabilité à l'employeur pour une telle faute ne satisfait pas aux notions logiques d'équité et ne contribue pas non plus à dissuader de causer un préjudice à l'avenir. Étant donné que la faute commise est essentiellement indépendante des conditions de travail, il n'y a pas grand-chose que l'employeur aurait pu faire pour la prévenir. Quand la responsabilité du fait d'autrui n'est pas liée étroitement et sensiblement à un risque que l'employeur a créé ou accru, elle n'a aucun effet dissuasif et relègue l'employeur au rang d'assureur involontaire. Je conclus que, pour préciser utilement quand la responsabilité du fait d'autrui devrait être engagée dans de nouvelles situations, il faut se fonder sur les objectifs de politique générale jumelés de la juste indemnisation et de la dissuasion qui sous-tendent cette théorie, plutôt que sur des distinctions artificielles ou sémantiques.

### 3. From Precedent and Policy to Principle

Underlying the cases holding employers vicariously liable for the unauthorized acts of employees is the idea that employers may justly be held liable where the act falls within the ambit of the risk that the employer's enterprise creates or exacerbates. Similarly, the policy purposes underlying the imposition of vicarious liability on employers are served only where the wrong is so connected with the employment that it can be said that the employer has introduced the risk of the wrong (and is thereby fairly and usefully charged with its management and minimization). The question in each case is whether there is a connection or nexus between the employment enterprise and that wrong that justifies imposition of vicarious liability on the employer for the wrong, in terms of fair allocation of the consequences of the risk and/or deterrence.

Where the risk is closely associated with the wrong that occurred, it seems just that the entity that engages in the enterprise (and in many cases profits from it) should internalize the full cost of operation, including potential torts. See generally A. O. Sykes, "The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 563. On the other hand, when the wrongful act lacks meaningful connection to the enterprise, liability ceases to flow: *Poland v. John Parr and Sons*, [1927] 1 K.B. 236 (C.A.) (noting that the question is often one of degree). As Prosser and Keeton sum up (*Prosser and Keeton on the Law of Torts* (5th ed. 1984), at pp. 500-501), when the harm is connected to the employment enterprise:

The losses caused by the torts of employees, which as a practical matter are sure to occur in the conduct of the employer's enterprise, are placed upon that enterprise itself, as a required cost of doing business. They are placed upon the employer because, having engaged in an enterprise, which will on the basis of all past experience involve harm to others through the torts of employees, and sought to profit by it, it is just that he, rather

### 3. De la jurisprudence et de la politique générale aux principes

La jurisprudence selon laquelle l'acte non autorisé d'un employé engage la responsabilité du fait d'autrui de son employeur repose sur l'idée que l'employeur peut être tenu responsable à juste titre quand l'acte ressortit au risque que son entreprise a créé ou accru. De même, les objectifs de politique générale qui sous-tendent l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur ne sont respectés que dans le cas où la faute est si étroitement liée à l'emploi qu'il est possible de dire que l'employeur a créé le risque de faute (et qu'il est donc équitablement et utilement chargé de le gérer et de le réduire). Dans chaque cas, il s'agit de savoir s'il existe un lien entre l'entreprise qui procure l'emploi et la faute qui justifie l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur, en ce qui concerne la dissuasion ou la répartition équitable des conséquences du risque, ou les deux à la fois.

Quand le risque est étroitement lié à la faute commise, il semble juste que l'entité qui a lancé l'entreprise (et dans de nombreux cas qui en tire profit) en assume le plein coût d'exploitation, y compris celui des délits qui peuvent être commis. Voir, de manière générale, A. O. Sykes, «The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 563. Par contre, si l'acte fautif n'a aucun lien utile avec l'entreprise, il n'y a plus de responsabilité: *Poland c. John Parr and Sons*, [1927] 1 K.B. 236 (C.A.) (où l'on fait remarquer que c'est souvent une question de degré). Comme Prosser et Keeton le résument (*Prosser and Keeton on the Law of Torts* (5<sup>e</sup> éd. 1984), aux pp. 500 et 501), dans le cas où le préjudice est lié à l'entreprise qui procure l'emploi:

[TRADUCTION] Les pertes résultant des délits commis par des employés, qui en pratique surviennent inévitablement dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur, sont assumées par l'entreprise elle-même, à titre de coût nécessaire de son exploitation. Elles sont assumées par l'employeur parce que, ayant mis sur pied une entreprise qui, selon l'expérience acquise, causera un préjudice à autrui en raison des délits des employés, et ayant

37

38

than the innocent injured plaintiff, should bear them; and because he is better able to absorb them, and to distribute them, through prices, rates or liability insurance, to the public, and so to shift them to society, to the community at large.

39

The connection between the tort and the employment is broad. To say the employer's enterprise created or materially enhanced the risk of the tortious act is therefore different from saying that a reasonable employer should have foreseen the harm in the traditional negligence sense, making it liable for its own negligence. As Fleming explains (*supra*, at p. 422):

Perhaps inevitably, the familiar notion of foreseeability can here be seen once more lurking in the background, as undoubtedly one of the many relevant factors is the question of whether the unauthorised act was a normal or expected incident of the employment. But one must not confuse the relevance of foreseeability in this sense with its usual function on a negligence issue. We are not here concerned with attributing fault to the master for failing to provide against foreseeable harm (for example in consequence of employing an incompetent servant), but with the measure of risks that may fairly be regarded as typical of the enterprise in question. The inquiry is directed not at foreseeability of risks from specific conduct, but at foreseeability of the broad risks incident to a whole enterprise. [Emphasis added.]

40

On the other hand, this analysis's focus on what might be called "general cause", while broader than specific foreseeability, in no way implies a simple "but-for" test: but for the enterprise and employment, this harm would not have happened. This is because reduced to formalistic premises, any employment can be seen to provide the causation of an employee's tort. Therefore, "mere opportunity" to commit a tort, in the common "but-for" understanding of that phrase, does not suffice: *Morris v. C. W. Martin & Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716 (C.A.) (*per* Diplock L.J.). The enterprise and employment must not only provide the locale or the bare opportunity for the employee to commit his or her wrong, it must materially

cherché à en tirer profit, il est juste que ce soit lui qui les assume au lieu du demandeur qui est une victime innocente, et parce qu'il est mieux placé pour les éponger et les répercuter sur le public au moyen des prix, des taux ou l'assurance responsabilité, et les transférer ainsi à la société, à l'ensemble de la collectivité.

Le lien entre le délit et l'emploi est général. Par conséquent, affirmer que l'entreprise de l'employeur a créé ou sensiblement accru le risque de perpétration de l'acte délictueux ne revient pas à dire qu'un employeur raisonnable aurait dû prévoir le préjudice au sens traditionnel du droit en matière de négligence, ce qui le rendrait responsable de sa propre négligence. Comme Fleming l'explique (*op. cit.*, à la p. 422):

[TRADUCTION] Peut-être est-il inévitable que, dans le présent cas, la notion familière de la prévisibilité figure encore une fois à l'arrière-plan, étant donné que l'un des nombreux facteurs pertinents est sans aucun doute la question de savoir si l'acte non autorisé était rattaché de façon normale ou prévisible à l'emploi. Il ne faut cependant pas confondre la pertinence de la prévisibilité dans ce sens avec sa fonction habituelle lorsqu'il est question de négligence. Ce qui nous intéresse en l'espèce, ce n'est pas d'imputer la faute à l'employeur parce qu'il ne s'est pas prémuni contre un préjudice prévisible (découlant, par exemple, de l'embauche d'un employé incompetent), mais ce sont plutôt les risques qui peuvent être considérés à juste titre comme typiques à l'entreprise en cause. L'examen porte non pas sur la prévisibilité des risques découlant d'une conduite particulière, mais sur la prévisibilité des risques généraux que comporte l'ensemble d'une entreprise. [Je souligne.]

Par ailleurs, la présente analyse porte sur ce que l'on pourrait appeler une «cause générale», alors que la prévisibilité plus générale que particulière ne fait aucunement intervenir un simple critère du «n'eût été»: n'eussent été l'entreprise et l'emploi, le préjudice n'aurait pas été causé. Il en est ainsi parce qu'il est possible de considérer que tout emploi, réduit à des prémisses formalistes, fournit la relation de cause à effet du délit d'un employé. Par conséquent, la «simple occasion» de commettre un délit, au sens ordinaire de «n'eût été», ne suffit pas: *Morris c. C. W. Martin & Sons Ltd.*, [1966] 1 Q.B. 716 (C.A.) (le lord juge Diplock). Pour que l'employeur puisse être tenu à juste titre responsable du fait d'autrui, l'entreprise et

enhance the risk, in the sense of significantly contributing to it, before it is fair to hold the employer vicariously liable. Of course, opportunity to commit a tort can be “mere” or significant. Consequently, the emphasis must be on the strength of the causal link between the opportunity and the wrongful act, and not blanket catch-phrases. When the opportunity is nothing more than a but-for predicate, it provides no anchor for liability. When it plays a more specific role — for example, as permitting a peculiarly custody-based tort like embezzlement or child abuse — the opportunity provided by the employment situation becomes much more salient.

Reviewing the jurisprudence, and considering the policy issues involved, I conclude that in determining whether an employer is vicariously liable for an employee’s unauthorized, intentional wrong in cases where precedent is inconclusive, courts should be guided by the following principles:

(1) They should openly confront the question of whether liability should lie against the employer, rather than obscuring the decision beneath semantic discussions of “scope of employment” and “mode of conduct”.

(2) The fundamental question is whether the wrongful act is sufficiently related to conduct authorized by the employer to justify the imposition of vicarious liability. Vicarious liability is generally appropriate where there is a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom, even if unrelated to the employer’s desires. Where this is so, vicarious liability will serve the policy considerations of provision of an adequate and just remedy and deterrence. Incidental connections to the employment enterprise, like time and place (without more), will not suffice. Once engaged in a particular business, it is fair that an employer be made to pay the generally

l’emploi ne doivent pas seulement avoir fourni à l’employé l’endroit où commettre une faute ni lui avoir donné la simple occasion de la commettre, ils doivent avoir accru sensiblement le risque de faute de sa part, c’est-à-dire y avoir contribué de façon importante. Il est évident que l’occasion de commettre un délit peut être «simple» ou importante. Par conséquent, l’accent doit être mis sur la force du lien de causalité entre l’occasion et l’acte fautif, et non sur des formules générales. Quand l’occasion n’est rien de plus qu’un prédicat de type «n’eût été», elle ne justifie aucune responsabilité. Quand elle joue un rôle plus précis comme, par exemple, permettre un délit propre à la garde comme le détournement de fonds ou l’agression sexuelle d’enfants, l’occasion fournie par les conditions de travail devient beaucoup plus évidente.

Après avoir examiné la jurisprudence et les questions de politique générale soulevées, je conclus que, pour décider si la responsabilité du fait d’autrui d’un employeur est engagée en raison de la faute intentionnelle et non autorisée d’un employé dans des cas où la jurisprudence n’est pas concluante, les tribunaux devraient appliquer les principes suivants:

(1) Ils devraient s’attaquer ouvertement à la question de savoir si la responsabilité de l’employeur devrait être engagée, au lieu d’embrouiller la décision par des analyses sémantiques de l’«exercice des fonctions» et du «mode de comportement».

(2) Il s’agit essentiellement de savoir si l’acte fautif est suffisamment lié à la conduite autorisée par l’employeur pour justifier l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui. La responsabilité du fait d’autrui est généralement fondée quand il existe un lien important entre la création ou l’accroissement d’un risque et la faute qui en découle, même si elle n’a rien à voir avec les souhaits de l’employeur. Le cas échéant, la responsabilité du fait d’autrui satisfera aux considérations de politique générale de la dissuasion et de la réparation juste et appropriée. Des liens accessoires avec l’entreprise qui procure l’emploi, comme la date, l’heure et le lieu (sans plus), ne sont pas suffisants. Lorsque l’em-

foreseeable costs of that business. In contrast, to impose liability for costs unrelated to the risk would effectively make the employer an involuntary insurer.

(3) In determining the sufficiency of the connection between the employer's creation or enhancement of the risk and the wrong complained of, subsidiary factors may be considered. These may vary with the nature of the case. When related to intentional torts, the relevant factors may include, but are not limited to, the following:

- (a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;
- (b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer's aims (and hence be more likely to have been committed by the employee);
- (c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise;
- (d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim;
- (e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power.

42

Applying these general considerations to sexual abuse by employees, there must be a strong connection between what the employer was asking the employee to do (the risk created by the employer's enterprise) and the wrongful act. It must be possible to say that the employer significantly increased the risk of the harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks. The policy considerations that justify imposition of vicarious liability for an employee's sexual misconduct are unlikely to be satisfied by incidental considerations of time and place. For example, an incidental or random attack by an employee that merely happens to take place on the

ployeur exerce une activité particulière, il est juste qu'il soit obligé d'acquitter les coûts généralement prévisibles de cette activité. Par contre, l'imputation de la responsabilité des coûts non liés au risque ferait effectivement de l'employeur un assureur involontaire.

(3) Pour décider s'il existe un lien suffisant entre la création ou l'accroissement du risque par l'employeur et la faute reprochée, il est possible de tenir compte de facteurs subsidiaires qui peuvent varier selon la nature de l'affaire. Quand ils se rapportent à des délits intentionnels, les facteurs pertinents peuvent notamment comprendre les suivants:

- a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir;
- b) la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur (et avoir donc été plus susceptible d'être commis par l'employé);
- c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur;
- d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime;
- e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

Pour appliquer ces considérations générales à l'agression sexuelle commise par un employé, il doit exister un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire (le risque créé par l'entreprise de l'employeur) et l'acte fautif. Il doit être possible de dire que l'employeur a accru sensiblement le risque de préjudice en plaçant l'employé dans son poste et en lui demandant d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées. Il est peu probable que les considérations accessoires de la date, de l'heure et du lieu constitueront des considérations de politique générale justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui pour l'inconduite sexuelle d'un employé. Par exemple, une

employer's premises during working hours will scarcely justify holding the employer liable. Such an attack is unlikely to be related to the business the employer is conducting or what the employee was asked to do and, hence, to any risk that was created. Nor is the imposition of liability likely to have a significant deterrent effect; short of closing the premises or discharging all employees, little can be done to avoid the random wrong. Nor is foreseeability of harm used in negligence law the test. What is required is a material increase in the risk as a consequence of the employer's enterprise and the duties he entrusted to the employee, mindful of the policies behind vicarious liability.

What factors are relevant to whether an employer's enterprise has introduced or significantly exacerbated a risk of sexual abuse by an employee? (Again, I speak generally, supplementing the factors suggested above.) It is obvious that the risk of an employee sexually abusing a child may be materially enhanced by giving the employee an opportunity to commit the abuse. There are many kinds of opportunity and the nature of the opportunity in a particular case must be carefully evaluated in determining whether it has, in fact, materially increased the risk of the harm that ensued. If an employee is permitted or required to be with children for brief periods of time, there may be a small risk of such harm — perhaps not much greater than if the employee were a stranger. If an employee is permitted or required to be alone with a child for extended periods of time, the opportunity for abuse may be greater. If in addition to being permitted to be alone with a child for extended periods, the employee is expected to supervise the child in intimate activities like bathing or toileting, the opportunity for abuse becomes greater still. As the opportunity for abuse becomes greater, so the risk of harm increases.

attaque à laquelle un employé se livre purement par hasard dans les locaux de l'employeur pendant les heures de travail ne justifie guère de tenir l'employeur responsable. Il est peu probable qu'une telle attaque aura un rapport avec l'entreprise que l'employeur exploite ou avec ce que l'employé est requis de faire et, en conséquence, avec quelque risque que ce soit. Il est également peu probable que l'imputation de la responsabilité aura un effet dissuasif important; à moins de fermer les lieux ou de congédier tous les employés, la faute commise au hasard est difficile à éviter. Le critère applicable n'est pas non plus celui de la prévisibilité du préjudice auquel recourt le droit en matière de négligence. Ce qui est nécessaire est un accroissement sensible du risque résultant de l'entreprise de l'employeur et des fonctions qu'il a confiées à l'employé, sans oublier les politiques générales qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui.

Quels sont les facteurs pertinents pour décider si l'entreprise de l'employeur a créé ou sensiblement accru le risque d'agression sexuelle de la part d'un employé? (Là encore, je parle de manière générale, pour compléter les facteurs proposés plus haut.) Il est évident qu'un employé risque beaucoup plus d'agresser sexuellement un enfant si on lui donne l'occasion de commettre l'agression. Il y a de nombreux types d'occasion et la nature de l'occasion dans un cas particulier doit être soigneusement évaluée pour décider si elle a effectivement accru sensiblement le risque de préjudice qui a résulté. Si on permet ou on demande à un employé de tenir compagnie à des enfants pendant de courtes périodes, il peut y avoir un faible risque de préjudice, peut-être pas beaucoup plus important que si l'employé était un étranger. Si on permet ou on demande à un employé de rester seul avec un enfant pendant de longues périodes, les chances qu'une agression se produise peuvent être accrues. Si en plus de l'autoriser à demeurer seul avec un enfant pendant de longues périodes, on s'attend à ce que l'employé surveille l'enfant lors d'activités intimes comme le bain ou la toilette, les chances qu'une agression se produise sont encore plus grandes. Plus grandes sont les chances qu'une agression se produise, plus le risque de préjudice s'accroît.

44

The risk of harm may also be enhanced by the nature of the relationship the employment establishes between the employee and the child. Employment that puts the employee in a position of intimacy and power over the child (i.e., a parent-like, role-model relationship) may enhance the risk of the employee feeling that he or she is able to take advantage of the child and the child submitting without effective complaint. The more the employer encourages the employee to stand in a position of respect and suggests that the child should emulate and obey the employee, the more the risk may be enhanced. In other words, the more an enterprise requires the exercise of power or authority for its successful operation, the more materially likely it is that an abuse of that power relationship can be fairly ascribed to the employer. See *Boothman v. Canada*, *supra*.

45

Other factors may be important too, depending on the nature of the case. To require or permit an employee to touch the client in intimate body zones may enhance the risk of sexual touching, just as permitting an employee to handle large sums of money may enhance the risk of embezzlement or conversion. This is the common sense core of the "mode of conduct" argument accepted by the trial judge in this case. (The same factor might of course be analyzed in terms of enhanced opportunity.) Time and place arguments may also be relevant in particular cases. The mere fact that the wrong occurred during working hours or on the jobsite may not, standing alone, be of much importance; the assessment of material increase in risk cannot be resolved by the mechanical application of spatial and temporal factors. This said, spatial and temporal factors may tend to negate the suggestion of materially enhanced risk of harm, insofar as they suggest that the conduct was essentially unrelated to the employment and any enhanced risk it may have created (for example, the employee's tort occurred offsite and after hours). The policy considerations of fair compensation and deterrence upon which vicarious liability is premised

La nature de la relation que l'emploi établit entre l'employé et l'enfant est également susceptible d'accroître le risque de préjudice. L'emploi qui place l'employé dans une situation d'intimité et d'autorité vis-à-vis de l'enfant (c'est-à-dire une relation dans laquelle l'employé agit à la manière d'un parent ou fait fonction de modèle) est susceptible d'accroître le risque que l'employé sente qu'il peut profiter de l'enfant et que l'enfant se soumette sans pouvoir se plaindre de manière efficace. Plus l'employeur encourage l'employé à imposer le respect autour de lui et propose que l'enfant imite cet employé et lui obéisse, plus le risque est susceptible de croître. Autrement dit, plus une entreprise requiert l'exercice de pouvoir ou d'autorité pour la réussite de ses activités, plus un abus de ce rapport de force pourra être attribué, à juste titre, à l'employeur. Voir *Boothman c. Canada*, précité.

D'autres facteurs peuvent être également importants, selon la nature de l'affaire. Demander ou permettre à un employé de toucher les parties intimes du corps d'un client peut accroître le risque d'attouchements sexuels, tout comme permettre à un employé de manipuler des sommes d'argent importantes peut accroître le risque de détournement de fonds ou d'appropriation illicite. Telle est la logique qui est au cœur de l'argument du «mode de comportement» que le juge de première instance a retenu dans la présente affaire. (Le même facteur pourrait évidemment être analysé sous l'angle de l'occasion plus grande.) Les arguments de la date, de l'heure et du lieu peuvent aussi être pertinents dans certains cas particuliers. Le simple fait que la faute a été commise pendant les heures de travail ou au travail ne saurait, à lui seul, être d'une grande importance; l'évaluation de l'accroissement sensible du risque ne peut pas se faire par l'application machinale de facteurs spatiaux et temporels. Cela étant dit, les facteurs spatiaux et temporels peuvent tendre à annihiler l'idée d'accroissement sensible du risque de préjudice, dans la mesure où ils portent à croire que la conduite n'avait essentiellement rien à voir avec l'emploi et tout risque qu'il peut avoir créé (par exemple, lorsque le délit de l'employé est survenu en dehors des lieux de travail et après les heures de

may be attenuated or completely eliminated in such circumstances.

In summary, the test for vicarious liability for an employee's sexual abuse of a client should focus on whether the employer's enterprise and empowerment of the employee materially increased the risk of the sexual assault and hence the harm. The test must not be applied mechanically, but with a sensitive view to the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability — fair and efficient compensation for wrong and deterrence. This requires trial judges to investigate the employee's specific duties and determine whether they gave rise to special opportunities for wrongdoing. Because of the peculiar exercises of power and trust that pervade cases such as child abuse, special attention should be paid to the existence of a power or dependency relationship, which on its own often creates a considerable risk of wrongdoing.

**B. *Should There Be an Exemption for Non-Profit Organizations?***

In the alternative, the Foundation submits that even if vicarious liability should presumptively attach for Curry's torts, this Court should exempt non-profit organizations. None of the judges below accepted this suggestion. Nor would I.

In support of a charitable or non-profit exemption from liability, the Foundation argues: (1) that it is unfair to fix liability without fault on non-profit organizations performing needed services on behalf of the general public; (2) that non-profit organizations are less able to control and supervise the conduct of their agents, many of whom are volunteers, which enhances the unfairness of imposing vicarious liability and diminishes its deterrent effect; and (3) that the practical effect of making

travail). Les considérations de politique générale de la juste indemnisation et de la dissuasion qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui peuvent être atténuées ou complètement éliminées dans de telles circonstances.

En résumé, le critère de la responsabilité du fait d'autrui découlant de l'agression sexuelle d'un client par un employé devrait être axé sur la question de savoir si l'entreprise de l'employeur et l'habilitation de l'employé ont accru sensiblement le risque d'agression sexuelle et, par conséquent, de préjudice. L'application du critère ne doit pas être machinale mais doit tenir compte des considérations de politique générale qui justifient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la dissuasion et l'indemnisation juste et efficace de la faute. Pour ce faire, les juges de première instance doivent examiner les tâches particulières de l'employé et décider si elles créent des occasions spéciales de commettre une faute. Compte tenu des utilisations particulières qui sont faites de l'autorité et de la confiance dans les cas d'agression d'un enfant, il faut prêter une attention spéciale à l'existence d'un rapport de force ou de dépendance, qui crée souvent en soi un risque considérable de faute.

**B. *Devrait-il y avoir exonération de responsabilité dans le cas d'un organisme sans but lucratif?***

La Fondation soutient subsidiairement que, même s'il y a lieu de présumer que la responsabilité du fait d'autrui est engagée en raison des délits commis par Curry, notre Cour devrait exonérer de toute responsabilité les organismes sans but lucratif. Aucun des juges d'instance inférieure n'a retenu cet argument, et je ne le ferai pas non plus.

Pour étayer l'exonération de responsabilité dans le cas d'un organisme de bienfaisance ou sans but lucratif, la Fondation soutient (1) qu'il est injuste d'imputer la responsabilité sans faute aux organismes sans but lucratif qui fournissent des services nécessaires au nom du grand public, (2) que les organismes sans but lucratif sont moins en mesure de contrôler et de surveiller la conduite de leurs mandataires, qui comptent de nombreux bénévoles, ce qui a pour effet d'accroître l'injustice

46

47

48

non-profit organizations vicariously liable for the misconduct of their agents will be to make it difficult or impossible for such organizations to carry out their important work. The Foundation suggests that the body that should bear the responsibility for Curry's sexual abuse of the respondent is the provincial government, which placed him in the society's care.

49

The first submission is that it is unfair to fix liability without fault on non-profit organizations performing needed services on behalf of the community as a whole. It is difficult not to be sympathetic to this plea. Churches and aid societies undertake to care for society's most needy. They do work few others would, and they do it in a selfless, generous manner. In the case at bar, the Children's Foundation took in the respondent when no one else seemed ready or able to do so and undertook the difficult task of providing him with the love and guidance that other children receive from their parents. That non-profit organizations do important work is beyond question. They are funded by the government and by donations from the public. It is unjust, the appellant argues, that they be made to pay damages when, through no legal fault of their own, an unscrupulous employee or volunteer abuses his position with one of the wards.

50

There is, however, another perspective to be considered — that of the innocent child who was the victim of the abuse. From his perspective, the appellant's institution, however meritorious, put him in the intimate care of Mr. Curry and in a very real sense enhanced the risk of his being abused. From his perspective, it is fair that as between him and the institution that enhanced the risk, the institution should bear legal responsibility for his abuse and the harm that befell him. It may also deter other incidents of sexual abuse by motivating charitable organizations entrusted with the care of children to take not only such precautions as the law of

d'imputer la responsabilité du fait d'autrui, et d'en diminuer l'effet dissuasif, et (3) que, si les organismes sans but lucratif sont responsables de l'inconduite de leurs mandataires, il leur sera difficile ou impossible en pratique d'accomplir leur important travail. Selon la Fondation, l'organisme qui devrait assumer la responsabilité de l'agression sexuelle de l'intimé par Curry est le gouvernement provincial, qui l'a confié aux soins de la société.

Le premier argument veut qu'il soit injuste d'imputer la responsabilité sans faute aux organismes sans but lucratif qui fournissent des services nécessaires au nom de l'ensemble de la collectivité. Il est difficile de ne pas être sympathique à ce moyen de défense. Les églises et les sociétés d'aide se chargent de prendre soin des laissés-pour-compte de la société. Elles accomplissent un travail qui intéresse peu de gens, et elles le font de façon altruiste et généreuse. En l'espèce, la Children's Foundation a recueilli l'intimé alors que personne d'autre ne semblait disposé à le faire, ou en mesure de le faire, et a entrepris la tâche difficile de lui donner l'amour et l'encadrement que les autres enfants reçoivent de leurs parents. Il est incontestable que les organismes sans but lucratif accomplissent un travail important. Ils sont financés par le gouvernement et au moyen des dons du public. L'appelante fait valoir qu'il est injuste de les forcer à verser des dommages-intérêts dans le cas où, en l'absence de toute faute de leur part sur le plan juridique, un employé ou un bénévole sans scrupules abuse de sa situation avec l'un des pupilles.

Cependant, il faut examiner la situation d'un autre point de vue, celui de l'enfant innocent qui a été victime de l'agression. Du point de vue de ce dernier, l'établissement de l'appelante, si louable soit-il, l'a confié aux soins personnels de M. Curry et a donc vraiment accru le risque qu'il soit agressé. De son point de vue, il est juste que, entre lui et l'établissement qui a accru le risque, ce soit ce dernier qui soit responsable, en droit, de son agression et du préjudice qu'il a subi. Cela peut également contribuer à prévenir d'autres épisodes d'agression sexuelle en incitant les organismes de bienfaisance à qui des enfants sont confiés à pren-

negligence requires, but all possible precautions to ensure that their children are not sexually abused.

When all perspectives are considered, it is difficult to conclude that the fact that the appellant does good work in the community without expectation of profit makes it unjust that it should be held vicariously responsible for the abuse of the respondent. These facts, therefore, do not constitute a sound basis by themselves for exempting non-profit organizations from legal liability that would otherwise fall on them.

The second argument is that non-profit charitable organizations often work with volunteers and are thus less able than commercial enterprises to supervise what their agents do. This, it is said, diminishes the fairness of holding such organizations vicariously liable, and lessens any deterrent effect that liability might bring. This position rests on the premise that an organization's responsibility and control over its operations diminish when it employs volunteers, a premise I cannot accept. Indeed, it is not suggested that non-profit organizations do not have a duty to screen or supervise those whom they entrust with their important work. Accordingly, the same considerations of fairness and deterrence arise, whether the organization is non-profit or commercial.

The third argument, essentially a variation on the first, is that vicarious liability will put many non-profit organizations out of business or make it difficult for them to carry on their good work. It is argued that unlike commercial organizations, non-profit organizations have few means of distributing any loss they are made to assume, since they cannot increase what they charge the public and cannot easily obtain insurance for liability arising from sexual abuse. While in this case, it may be that the loss can be distributed to the public (since the province pays the Foundation for caring for

dre non seulement les précautions requises par le droit en matière de négligence, mais toutes celles possibles pour éviter que les enfants qui leur sont confiés soient victimes d'une agression sexuelle.

Tout compte fait, il est difficile de conclure que, parce que l'appelante accomplit un bon travail dans la collectivité sans s'attendre à réaliser un profit, il est injuste que sa responsabilité du fait d'autrui soit engagée en raison de l'agression dont a été victime l'intimé. Par conséquent, ces faits mêmes ne constituent pas une raison valable d'exonérer les organismes sans but lucratif de la responsabilité en droit qui leur serait par ailleurs imputée.

Le deuxième argument veut que les organismes de bienfaisance sans but lucratif recourent souvent aux services de bénévoles et qu'ils soient donc moins en mesure que les entreprises commerciales de surveiller ce que font leurs mandataires. Cela, dit-on, fait en sorte qu'il est moins juste de tenir ces organismes responsables du fait d'autrui, et atténue l'effet dissuasif que cette responsabilité est susceptible d'avoir. Ce point de vue repose sur la prémisse selon laquelle la responsabilité qu'un organisme assume à l'égard de ses activités et le contrôle qu'il exerce sur celles-ci diminuent quand il emploie des bénévoles, une prémisse que je ne puis accepter. En fait, on ne laisse pas entendre que les organismes sans but lucratif n'ont pas le devoir de sélectionner ou de surveiller ceux à qui ils confient l'exécution de leur travail important. Par conséquent, les mêmes considérations d'équité et de dissuasion s'appliquent, peu importe que l'organisme soit sans but lucratif ou commercial.

Selon le troisième argument, qui est essentiellement une variante du premier, si on leur impute la responsabilité du fait d'autrui, de nombreux organismes sans but lucratif devront cesser leurs activités ou pourront difficilement poursuivre leur bon travail. On soutient que, contrairement aux organismes commerciaux, les organismes sans but lucratif ont peu de moyens de répartir toute perte qu'on leur fait assumer, du fait qu'ils ne peuvent pas obliger le public à payer davantage pour leurs services et qu'il leur est difficile d'obtenir une assurance responsabilité pour agression sexuelle.

51

52

53

children like the respondent), many non-profit organizations may have no way to obtain contribution from other sources to cover judgments against them. In sum, attaching liability to charities like the Foundation will, in the long run, disadvantage society.

54 I cannot accept this contention. It is based on the idea that children like the respondent must bear the cost of the harm that has been done to them so that others in society may benefit from the good work of non-profit organizations. The suggestion that the victim must remain remediless for the greater good smacks of crass and unsubstantiated utilitarianism. Indeed, it is far from clear to me that the “net” good produced by non-profit institutions justifies the price placed on the individual victim, nor that this is a fair way for society to order its resources. If, in the final analysis, the choice is between which of two faultless parties should bear the loss — the party that created the risk that materialized in the wrongdoing or the victim of the wrongdoing — I do not hesitate in my answer. Neither alternative is attractive. But given that a choice must be made, it is fairer to place the loss on the party that introduced the risk and had the better opportunity to control it.

55 Finally, it seems to me artificial to suggest that Bazley could have claimed against the government because, by making the initial placement order, it was the cause-in-fact for Curry’s torts. The connection between the original government order and the sexual abuse is too remote to support liability.

56 I conclude that the case for exempting non-profit institutions from vicarious liability otherwise properly imposed at law has not been established. I can see no basis for carving out an exception from the common law of vicarious liability for a particular class of defendants, non-profit organiza-

Bien que, dans la présente affaire, il soit possible de répercuter la perte sur le public (vu que la province paie la Fondation pour prendre soin d’enfants comme l’intimé), de nombreux organismes sans but lucratif n’ont pas les moyens d’obtenir des contributions d’autres sources pour payer le montant des jugements prononcés contre eux. Somme toute, l’imputation d’une responsabilité à des organismes de bienfaisance comme la Fondation aura pour effet à long terme de désavantager la société.

Je ne puis retenir cet argument. Il repose sur l’idée que des enfants comme l’intimé doivent assumer le coût du préjudice qu’ils ont subi, afin de permettre à d’autres membres de la société de bénéficier du bon travail des organismes sans but lucratif. L’idée que la victime doit demeurer sans recours pour le plus grand bien de tous fleure l’utilitarisme grossier et non fondé. En réalité, il est loin d’être évident pour moi que le bien «net» que font les organismes sans but lucratif justifie le prix que l’on fait payer à la victime elle-même, ou qu’il s’agit d’un moyen juste pour la société d’organiser ses ressources. Si, en dernière analyse, il s’agit de décider laquelle des deux parties qui n’a commis aucune faute doit assumer la perte — la partie qui a créé le risque à l’origine de l’acte fautif ou la victime de cet acte fautif — je réponds sans hésitation. Aucune de ces solutions n’est intéressante. Cependant, comme un choix doit être fait, il est plus juste de faire assumer la perte par la partie qui a créé le risque et qui était mieux placée pour le contrôler.

Enfin, il me semble factice de laisser entendre que Bazley aurait pu tenter une action contre le gouvernement parce que c’est lui qui, en rendant l’ordonnance initiale de placement, a été la cause réelle des délits de Curry. Le lien entre l’ordonnance initiale du gouvernement et l’agression sexuelle est trop ténu pour justifier l’imputation de responsabilité.

Je conclus qu’il n’a pas été prouvé que les organismes sans but lucratif doivent être exonérés de la responsabilité du fait d’autrui par ailleurs imputée à juste titre en droit. Je ne vois aucune raison d’exonérer une catégorie particulière de défenseurs, à savoir les organismes sans but lucratif, de

tions. The record before us does not support crafting such a status-based exemption from liability, and I am unconvinced that such a course would be appropriate. The Court's task is to clarify the general legal principles that govern vicarious liability. The common law backdrop thus established, it is for the legislature to consider whether relief should be granted to limit the legal exposure of non-profit organizations to prosecution for sexual abuse.

### C. *Application to the Case at Bar*

The appropriate inquiry in a case such as this is whether the employee's wrongful act was so closely connected to the employment relationship that the imposition of vicarious liability is justified in policy and principle. From the point of view of principle, a prime indicator is whether the employer, by carrying on its operations, created or materially enhanced the risk of the wrong that occurred, such that the policy considerations of fair recovery and deterrence are engaged. In answering this question, the court must have regard to how the employer's enterprise increased opportunity to commit the wrong, and how it fostered power-dependency relationships that materially enhanced the risk of the harm. There is no special rule for non-profit corporations.

Applying these considerations to the facts in the case at bar, the Foundation is vicariously liable for the sexual misconduct of Curry. The opportunity for intimate private control and the parental relationship and power required by the terms of employment created the special environment that nurtured and brought to fruition Curry's sexual abuse. The employer's enterprise created and fostered the risk that led to the ultimate harm. The abuse was not a mere accident of time and place, but the product of the special relationship of intimacy and respect the employer fostered, as well as the special opportunities for exploitation of that

la responsabilité du fait d'autrui reconnue en common law. Le dossier dont nous sommes saisis ne justifie pas de créer une telle exonération de responsabilité fondée sur le statut de l'entité en cause et je ne suis pas convaincue de l'opportunité de le faire. La Cour a pour tâche de clarifier les principes juridiques généraux qui régissent la responsabilité du fait d'autrui. Dans ce contexte de common law, il appartient au législateur d'examiner si l'exonération devrait être accordée pour limiter le risque que des organismes sans but lucratif fassent l'objet de poursuites judiciaires pour agression sexuelle.

### C. *Application à la présente affaire*

Dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, il convient d'examiner si l'acte fautif de l'employé était si étroitement lié à la relation employeur-employé que l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui est justifiée sur les plans de la politique générale et des principes. Sur le plan des principes, il est primordial de savoir si, en exerçant ses activités, l'employeur a créé ou sensiblement accru le risque à l'origine de la faute commise, de manière à faire intervenir les considérations de politique générale de la juste indemnisation et de la dissuasion. En répondant à cette question, le tribunal doit se demander comment l'entreprise de l'employeur a accru les chances de commettre la faute, et comment elle a favorisé le développement des rapports de force et de dépendance qui ont accru sensiblement le risque de préjudice. Aucune règle particulière ne s'applique aux organismes sans but lucratif.

Si on applique ces considérations aux faits de la présente affaire, la responsabilité du fait d'autrui de la Fondation est engagée en raison de l'inconduite sexuelle de Curry. L'occasion d'exercer un contrôle personnel intime ainsi que l'autorité et la relation parentales requises par les conditions de travail ont engendré le climat propice à la perpétration de l'agression sexuelle par Curry. L'entreprise de l'employeur a créé et favorisé le risque à l'origine du préjudice causé. L'agression était non pas simplement le fruit d'un malheureux concours de circonstances, mais le résultat de la relation particulière d'intimité et de respect dont l'employeur a

relationship it furnished. Indeed, it is difficult to imagine a job with a greater risk for child sexual abuse. This is not to suggest that future cases must rise to the same level to impose vicarious liability. Fairness and the need for deterrence in this critical area of human conduct — the care of vulnerable children — suggest that as between the Foundation that created and managed the risk and the innocent victim, the Foundation should bear the loss.

## VI. Conclusion

59 I would dismiss the appeal with costs and remit the matter to trial.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant the Children's Foundation: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.*

*Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen in Right of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitor for the respondent: D. Brent Adair, Trail, B.C.*

*Solicitor for the intervener Her Majesty the Queen in Right of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the United Church of Canada: Harper Grey Easton, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the General Synod of the Anglican Church of Canada: Boughton Peterson Yang Anderson, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Wunnumin Lake First Nation: Goodman & Carr, Toronto.*

favorisé le développement, ainsi que des occasions spéciales d'exploiter cette relation qu'il a fournies. En réalité, il est difficile d'imaginer un travail qui comporte un plus grand risque d'agression sexuelle pour les enfants. Cela ne revient pas à dire que les futures affaires devront se situer au même niveau pour que la responsabilité du fait d'autrui puisse être imputée. L'équité et le besoin de dissuasion dans ce domaine crucial du comportement humain, qu'est le soin d'enfants vulnérables, portent à croire que, entre la victime innocente et la Fondation qui a créé et géré le risque, c'est la Fondation qui devrait assumer la perte.

## VI. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de renvoyer l'affaire à procès.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante la Children's Foundation: Alexander, Holburn, Beaudin & Lang, Vancouver.*

*Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.*

*Procureur de l'intimé: D. Brent Adair, Trail (C.-B.).*

*Procureur de l'intervenante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta: Alberta Justice, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Église unie du Canada: Harper Grey Easton, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le synode général de l'Église anglicane du Canada: Boughton Peterson Yang Anderson, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première Nation de Lac Wunnumin: Goodman & Carr, Toronto.*

*Solicitors for the interveners William Richard Blackwater et al.: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners Barrie Caldwell, Samuel McNab and Glen Pelletier: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

*Procureurs des intervenants William Richard Blackwater et autres: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.*

*Procureurs des intervenants Barrie Caldwell, Samuel McNab et Glen Pelletier: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

**Randal Craig Jacobi and Jody Marlane**  
Saur *Appellants*

v.

**Boys' and Girls' Club of Vernon and Harry Charles Griffiths** *Respondents*

and

**The Canadian Conference of Catholic Bishops and Wunnumin Lake First Nation** *Intervenors*

INDEXED AS: JACOBI v. GRIFFITHS

File No.: 26041.

1998: October 6; 1999: June 17.

Present: L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Children sexually abused by employee of boys' and girls' club — Most of assaults occurring at employee's home — Whether club vicariously liable for employee's sexual assault of children.*

*Employment law — Liability of employers — Intentional torts of employees — Children sexually abused by employee of boys' and girls' club — Most of assaults occurring at employee's home — Whether club vicariously liable for employee's tortious conduct.*

The respondent Boys' and Girls' Club, a non-profit organization incorporated under the *Societies Act*, employed the respondent G as Program Director. The Club required G to supervise volunteer staff and organize recreational activities and the occasional outing. G was also encouraged to form friendships and a positive rapport with the children at the Club. Both of the appellants testified that all of their friends and activities centred on the Club. There was essentially a single incident of sexual assault by G involving the male appellant

**Randal Craig Jacobi et Jody Marlane**  
Saur *Appellants*

c.

**Boys' and Girls' Club de Vernon et Harry Charles Griffiths** *Intimés*

et

**Conférence des évêques catholiques du Canada et Première Nation de Lac Wunnumin** *Intervenantes*

RÉPERTOIRE: JACOBI c. GRIFFITHS

N° du greffe: 26041.

1998: 6 octobre; 1999: 17 juin.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Responsabilité délictuelle — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfants agressés sexuellement par un employé d'un club de jeunes garçons et de jeunes filles — Agressions survenues en majeure partie au domicile de l'employé — La responsabilité du fait d'autrui du club est-elle engagée en raison de l'agression sexuelle d'enfants par l'employé?*

*Employeur et employé — Responsabilité de l'employeur — Délit intentionnel d'un employé — Enfants agressés sexuellement par un employé d'un club de jeunes garçons et de jeunes filles — Agressions survenues en majeure partie au domicile de l'employé — La responsabilité du fait d'autrui du club est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de l'employé?*

L'intimé G travaillait comme directeur de programme de l'intimé, le Boys' and Girls' Club, un organisme sans but lucratif constitué en personne morale sous le régime de la *Societies Act*. Le Club exigeait de G qu'il supervise le personnel bénévole et qu'il organise des activités récréatives et des sorties occasionnelles. G était également encouragé à se lier d'amitié et à établir des liens positifs avec les enfants au Club. Les deux appellants ont témoigné qu'ils rencontraient tous leurs amis et exerçaient toutes leurs activités au Club. Il y a eu essentielle-

and one incident of sexual intercourse involving the female appellant at G's home outside working hours following several lesser incidents, including one incident of sexual touching in the Club van. The disclosure of these events was first made in 1992, some ten years after they occurred. After having his employment terminated following a police investigation, G pled guilty to 14 counts of sexual assault involving the appellants and other children. The appellants sought civil damages against the Club on the legal theory that it should be held vicariously liable for the intentional sexual abuse by its employee, as well as directly liable to the appellants for negligence and breach of fiduciary duty. The trial judge addressed only the issue of vicarious liability and held the Club vicariously liable for the assaults committed by G. The Court of Appeal allowed the Club's appeal.

*Held* (L'Heureux-Dubé, McLachlin and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the matter sent back to trial for a determination as to whether the respondent Club is directly liable under a fault-based cause of action.

*Per* Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.: The companion decision to this appeal, *Bazley v. Curry* (hereinafter "*Children's Foundation*"), sets out the two-step process for determining when an unauthorized act of an employee is sufficiently connected to the employer's enterprise that vicarious liability should be imposed. A court should first determine whether there are precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls. If prior cases do not clearly suggest a solution, the next step is to determine whether vicarious liability should be imposed in light of the broader policy rationales behind strict liability.

Under the first phase of the *Children's Foundation* analysis, the case law, reflecting policy judgments by various courts over many years and across many different jurisdictions, clearly suggests that the imposition of no-fault liability in this case would overshoot the existing judicial consensus about appropriate limits of an employer's no-fault liability. Courts have consistently held that mere opportunity to commit a tort does

ment un seul épisode d'agression sexuelle de l'appelant par G, et un épisode de rapports sexuels impliquant l'appelante au domicile de G, en dehors des heures de travail, à la suite de plusieurs épisodes moins graves, dont un épisode d'attouchements sexuels dans la fourgonnette du Club. L'existence de ces événements a été révélée pour la première fois en 1992, soit une dizaine d'années après qu'ils furent survenus. Après avoir été congédié à la suite d'une enquête policière, G a plaidé coupable relativement à 14 chefs d'agression sexuelle impliquant les appelants et d'autres enfants. Les appelants ont réclamé des dommages-intérêts au civil au Club en vertu de la théorie juridique voulant qu'il soit tenu responsable du fait d'autrui en raison des actes intentionnels d'agression sexuelle accomplis par son employé, ainsi que directement responsable envers eux pour cause de négligence et de manquement à une obligation fiduciaire. Le juge de première instance n'a abordé que la question de la responsabilité du fait d'autrui et a tenu le Club responsable du fait d'autrui en raison des agressions commises par G. La Cour d'appel a accueilli l'appel du Club.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est rejeté et l'affaire est renvoyée au tribunal de première instance pour qu'il tranche la question de savoir si le Club est directement responsable en vertu d'une cause d'action fondée sur la faute.

Les juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie: L'arrêt connexe au présent pourvoi, *Bazley c. Curry* (ci-après «*Children's Foundation*») énonce la procédure en deux étapes applicable pour décider quand l'acte non autorisé d'un employé est suffisamment lié à l'entreprise de l'employeur pour que la responsabilité du fait d'autrui puisse être imputée. Le tribunal doit d'abord décider s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause. Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la prochaine étape consiste à décider si la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité stricte.

Selon la première étape de l'analyse de *Children's Foundation*, il ressort nettement de la jurisprudence, qui reflète les jugements de principe rendus par divers tribunaux au cours de nombreuses années et dans de nombreux ressorts différents, que l'imputation d'une responsabilité sans faute en l'espèce irait au-delà du consensus judiciaire existant sur les limites appropriées de la responsabilité sans faute d'un employeur. Les tribunaux

not suffice to impose no-fault liability. Even where the job-created opportunity is accompanied (as in the present appeal) by privileged access to the victim, Canadian courts have not thought there to be a sufficiently strong connection between the type of risk created and the actual assault that occurred. The result has been otherwise, and the employer held vicariously liable, in sexual assault cases where the strong connection between the employment and the assault was enhanced by a combination of job-created power and job-created intimacy, neither of which was present in this case to the requisite degree.

As to the second phase of the analysis set out in *Children's Foundation*, the imposition of no-fault liability is justified by the policy considerations of compensation and deterrence. The theory is that a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise. Non-profit enterprises, however, lack an efficient mechanism to "internalize" such costs. They do not operate in a market environment and have little or no ability to absorb the cost of such no-fault liability by raising prices to consumers in the usual way to spread the true cost of "doing business". Deterrence, which is another key policy reason supporting vicarious liability, also has to be assessed with some sensitivity to context, including the nature of the conduct sought to be deterred, the nature of the liability sought to be imposed, and the type of enterprise sought to be rendered liable. Given the weakness of the policy justification for the expansion of vicarious liability to non-profit organizations, the respondent is entitled to insist that the requirement of a "strong connection" between the enterprise risk and the sexual assault be applied with serious rigour.

To find a strong connection, there must be a material increase in the risk of harm occurring in the sense that the employment significantly contributed to the occurrence of the harm. In this case the Club's "enterprise" was to offer group recreational activities for children to be enjoyed in the presence of volunteers and other members. The opportunity that the Club afforded G to abuse whatever power he may have had was slight. The sexual abuse only became possible when G managed to subvert the public nature of the activities. The success of his agenda of personal gratification, which ultimately

ont constamment jugé que la simple occasion de commettre un délit ne suffit pas pour imputer la responsabilité sans faute. Même dans le cas où l'occasion créée par l'emploi est accompagnée (comme en l'espèce) d'un accès privilégié auprès de la victime, les tribunaux canadiens ne croient pas qu'il y a un lien suffisamment solide entre le type de risque créé et l'agression réellement survenue. Le résultat a été différent, et l'employeur a été tenu responsable du fait d'autrui, dans des affaires d'agression sexuelle où le lien solide entre l'emploi et l'agression était accentué par une combinaison de pouvoir et d'intimité créés par l'emploi; en l'espèce, ni l'un ni l'autre n'était présent dans la mesure requise.

En ce qui concerne la deuxième étape de l'analyse énoncée dans *Children's Foundation*, l'imputation de la responsabilité sans faute est justifiée par les considérations de politique générale de l'indemnisation et de la dissuasion. En théorie, la personne qui emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l'exploitation de son entreprise. Les organismes sans but lucratif n'ont toutefois aucun moyen efficace d'assumer ces coûts. Ils n'œuvrent pas dans un environnement de marché et sont peu ou ne sont pas du tout en mesure d'éponger le coût d'une telle responsabilité sans faute en augmentant les prix aux consommateurs de la façon habituelle pour répartir le coût réel de l'exploitation de leur entreprise. La dissuasion, qui est une autre raison de politique principale qui justifie la responsabilité du fait d'autrui, doit également être évaluée jusqu'à un certain point en fonction du contexte, dont la nature de la conduite que l'on cherche à dissuader d'adopter, la nature de la responsabilité que l'on cherche à imputer, et le type d'entreprise que l'on cherche à tenir responsable. En raison de la faiblesse de la justification de principe de l'application de la responsabilité du fait d'autrui aux organismes sans but lucratif, l'intimé a le droit d'insister pour que l'exigence de «lien solide» entre le risque d'entreprise et l'agression sexuelle commise soit respectée très rigoureusement.

Pour pouvoir conclure à l'existence d'un lien solide, il doit y avoir eu un accroissement sensible du risque de préjudice qui a été causé, en ce sens que l'emploi doit avoir contribué sensiblement à la matérialisation de ce préjudice. En l'espèce, l'«entreprise» du Club consistait à offrir des activités récréatives de groupe aux enfants, auxquelles ces derniers participeraient en présence de bénévoles et d'autres membres. L'occasion que le Club fournissait à G d'abuser de tout pouvoir qu'il pouvait posséder était mince. L'agression sexuelle n'est devenue possible que lorsque G a réussi à contourner la nature

progressed to sex acts, depended on his success in isolating the victims from the group. The progress from the Club's program to the sexual assaults was a chain with multiple links, none of which could be characterized as an inevitable or natural "outgrowth" of its predecessor. It is not enough to postulate a series of steps each of which might not have happened "but for" the previous steps. Where, as here, the chain of events constitutes independent initiatives on the part of the employee for his personal gratification, the ultimate misconduct is too remote from the employer's enterprise to justify "no fault" liability.

*Per* L'Heureux-Dubé, McLachlin and Bastarache JJ. (dissenting): Since the case law on the issue is inconclusive and unsatisfactory, it must be decided whether vicarious liability should be imposed in light of the considerations of principle and policy discussed in *Bazley v. Curry* (hereinafter "*Children's Foundation*"). Applying the test set out, it must be decided whether G's intentional torts were sufficiently linked to his employment duties to justify the imposition of vicarious liability. The evidence and the findings of the trial judge in this case establish that the employment materially and significantly enhanced the risk of the sexual assaults that occurred. Almost all of the factors listed in *Children's Foundation* point in favour of liability. The first factor is the opportunity that the enterprise afforded G to perpetrate his attacks. An environment into which children are entrusted not just for adult supervision, but for adult mentoring, is one highly charged with potential for an abuse of that trust. G was authorized to interact with the children at the Club, and it seems logical to conclude that he was authorized to interact with the children outside the presence of other adults. While a second factor, whether these acts could be said to further the employer's aims, militates against finding liability, this factor is of little significance here since it can be assumed that intentional torts do not further employers' ends. With respect to the third factor, whether the wrongful act was related to intimacy inherent in the employer's enterprise, the Club went further, in its nurturing activities, than encouraging rapport with a role model; it positively encouraged an intimate relationship to develop between G and his young charges. The risk associated with this position of trust was exacerbated by the troubled and vulnerable nature of many of the Club's clients. The rationales of risk allocation and deterrence are engaged, and liability may more readily be imposed. With respect to the fourth consideration, the

publique des activités. Pour réaliser ses projets de plaisir personnel, qui ont finalement abouti à des actes sexuels, il devait réussir à isoler les victimes du groupe. C'est un ensemble de faits, dont aucun ne pouvait être qualifié de «résultat» inévitable ou naturel de celui qui l'avait précédé, qui a permis de passer du programme du Club aux agressions sexuelles. Il ne suffit pas d'établir une série d'étapes dont chacune pourrait ne pas s'être matérialisée «n'eussent été» les étapes précédentes. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la suite d'événements est composée d'initiatives indépendantes que l'employé a prises pour son propre plaisir, l'inconduite qui a résulté en fin de compte est trop éloignée de l'entreprise de l'employeur pour justifier l'imputation de la responsabilité «sans faute».

*Les* juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Bastarache (dissidents): Étant donné que la jurisprudence sur la question n'est ni concluante ni satisfaisante, il faut décider s'il y a lieu d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à la lumière des considérations de principe et de politique générale analysées dans *Bazley c. Curry* (ci-après «*Children's Foundation*»). Appliquant le critère qui y est énoncé, il faut décider si les délits intentionnels de G étaient suffisamment liés aux fonctions de son poste pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. En l'espèce, la preuve et les conclusions du juge de première instance établissent que l'emploi a sensiblement accru le risque d'agression sexuelle qui s'est matérialisé. Les facteurs énumérés dans *Children's Foundation* militent presque tous en faveur de l'imputation d'une responsabilité. Le premier facteur est l'occasion que l'entreprise offrait à G de commettre ses agressions. Un milieu dans lequel des enfants sont non seulement placés sous la surveillance d'un adulte, mais confiés à un adulte appelé à servir de mentor, est un milieu dans lequel les possibilités d'abuser de cette confiance sont considérables. G était autorisé à interagir avec les enfants au Club, et il semble logique de conclure qu'il était autorisé à le faire sans la présence d'autres adultes. Bien qu'un deuxième facteur, soit la question de savoir s'il était possible d'affirmer que les actes en cause contribuaient à la réalisation des objectifs de l'employeur, milite contre l'imputation de responsabilité, ce facteur a peu d'importance en l'espèce puisqu'on peut présumer que des délits intentionnels ne contribuent pas à la réalisation des objectifs de l'employeur. En ce qui concerne le troisième facteur, soit la question de savoir si l'acte fautif était lié à une intimité inhérente à l'entreprise de l'employeur, le Club, dans ses activités d'éducation, est allé plus loin qu'encourager l'établissement de liens avec un modèle à imiter; il a indéniablement encouragé l'établissement de liens intimes entre G

extent of power conferred on the employee in relation to the victim, the trial judge's finding that G exercised a "god-like" authority over his victims shows that this factor also points toward liability. The fifth factor is the vulnerability of potential victims to the wrongful exercise of employees' power. It goes without saying that children are vulnerable as potential victims of intentional torts such as sexual abuse. These children, troubled adolescents, were more vulnerable than most. While G's assaults, other than the van incident, all took place off site (at his home) and after hours, it was his fostering of trust at the Club, flowing from the requirement of his employment that he forge bonds of intimacy and respect, that enabled him to commit his despicable acts. It is not the mere coincidence of location and interaction that led G to prey upon his victims — it is rather that he worked at a job where he was put in a special position of trust and power over vulnerable people and used that position to carry out an abuse of the power with which he was conferred to carry out his duties. It is this connection that justifies the Club being held liable to bear the costs of the losses inflicted by G. The policy rationales underpinning vicarious liability — fair compensation and deterrence — support this conclusion.

### Cases Cited

By Binnie J.

**Distinguished:** *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, aff'g (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*); **disapproved:** *S.T. v. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98; **referred to:** *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381; *The Queen v. Levy Brothers Co.*, [1961] S.C.R. 189; *E.D.G. v. Hammer*, [1998] B.C.J. No. 992 (QL); *Q. v. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581, aff'd (1986), 34 D.L.R. (4th) 767; *Goodwin v. Commission scolaire Laurenlval*, [1991] R.R.A. 673, 8 C.C.L.T. (2d) 267; *B. (J.-P.) v. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125; *Barrett v. The Ship "Arcadia"* (1977), 76 D.L.R. (3d) 535; *Boykin v. District of Columbia*, 484 A.2d 560 (1984); *Lourim v.*

et les jeunes qui lui étaient confiés. Le risque associé à ce poste de confiance était accentué par le fait que bien des clients du Club étaient des personnes vulnérables et en difficulté. Les raisons qui sous-tendent la répartition du risque et la dissuasion s'appliquent, et la responsabilité peut être imputée plus facilement. Quant au quatrième facteur, soit l'étendue du pouvoir conféré à l'employé par rapport à la victime, la conclusion du juge de première instance que G exerçait sur ses victimes un pouvoir tenant du culte montre que ce facteur milite également en faveur de l'imputation d'une responsabilité. Le cinquième facteur est la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice abusif du pouvoir d'un employé. Il va sans dire que les enfants sont vulnérables en tant que victimes potentielles de délits intentionnels comme l'agression sexuelle. Ces enfants, adolescents en difficulté, étaient plus vulnérables que la plupart des gens. Bien que, mis à part l'épisode de la fourgonnette, G ait commis toutes ses agressions ailleurs qu'au Club (à son domicile) et en dehors des heures d'ouverture de l'établissement, c'est en amenant les enfants à lui faire confiance au Club, du fait que ses fonctions l'obligeaient à tisser des liens d'intimité et de respect, qu'il a pu accomplir ses actes ignobles. Ce n'est pas une simple coïncidence de lieu et d'interaction qui a amené G à s'attaquer à ses victimes, mais plutôt le fait que les fonctions qu'il exerçait le plaçaient dans une situation particulière de confiance et de pouvoir vis-à-vis de personnes vulnérables et le fait qu'il s'est servi de cette situation pour abuser du pouvoir dont il avait été investi pour s'acquitter de ses fonctions. C'est ce lien qui justifie de tenir le Club responsable du coût des pertes causées par G. Les raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui — la juste indemnisation et la dissuasion — appuient cette conclusion.

### Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, conf. (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*); **arrêt critiqué:** *S.T. c. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98; **arrêts mentionnés:** *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381; *The Queen c. Levy Brothers Co.*, [1961] R.C.S. 189; *E.D.G. c. Hammer*, [1998] B.C.J. No. 992 (QL); *Q. c. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581, conf. par (1986), 34 D.L.R. (4th) 767; *Goodwin c. Commission scolaire Laurenlval*, [1991] R.R.A. 673; *B. (J.-P.) c. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125; *Barrett c. The Ship «Arcadia»* (1977), 76 D.L.R. (3d) 535; *Boykin c. District of Columbia*, 484 A.2d 560 (1984); *Lourim c.*

*Swensen*, 936 P.2d 1011 (1997); *Ciarochi v. Boy Scouts of America, Inc.*, Alaska Sup. Ct., Ketchikan Registry IKE-89-42 CI, August 6, 1990; *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716; *Lockhart v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1941] S.C.R. 278; *W. W. Sales Ltd. v. City of Edmonton*, [1942] S.C.R. 467; *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xi; *Destefano v. Grabrian*, 763 P.2d 275 (1988); *Tichenor v. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans*, 32 F.3d 953 (1994); *Milla v. Tamayo*, 232 Cal. Rptr. 685 (1986); *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591; *Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. v. Terrell*, 359 S.E.2d 241 (1987); *Rabon v. Guardsmark, Inc.*, 571 F.2d 1277 (1978); *Webb by Harris v. Jewel Companies, Inc.*, 485 N.E.2d 409 (1985); *Doe v. Village of St. Joseph, Inc.*, 415 S.E.2d 56 (1992); *Noto v. St. Vincent's Hospital and Medical Center of New York*, 537 N.Y.S.2d 446 (1988); *A. (C.) v. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475; *D.C.B. v. Boulianne*, [1996] B.C.J. No. 2183 (QL); *B. (K.L.) v. British Columbia* (1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1; *B. (W.R.) v. Plint* (1998), 161 D.L.R. (4th) 538; *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360; *Doe v. Samaritan Counseling Center*, 791 P.2d 344 (1990); *Mary M. v. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991); *John R. v. Oakland Unified School District*, 769 P.2d 948 (1989); *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Bradley Egg Farm, Ltd. v. Clifford*, [1943] 2 All E.R. 378; *Dodd v. Cook*, [1956] O.R. 470; *Olinski v. Johnson* (1997), 32 O.R. (3d) 653; *Armagas Ltd. v. Mundogas SA*, [1986] 2 All E.R. 385.

By McLachlin J. (dissenting)

*Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, aff'g (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*); *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 271.  
*Societies Act*, R.S.B.C. 1960, c. 362, s. 3(1).

#### Authors Cited

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.  
Baty, T. *Vicarious Liability*. Oxford: Clarendon Press, 1916.

*Swensen*, 936 P.2d 1011 (1997); *Ciarochi c. Boy Scouts of America, Inc.*, Alaska Sup. Ct., Ketchikan Registry IKE-89-42 CI, 6 août 1990; *Lloyd c. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716; *Lockhart c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1941] R.C.S. 278; *W. W. Sales Ltd. c. City of Edmonton*, [1942] R.C.S. 467; *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xi; *Destefano c. Grabrian*, 763 P.2d 275 (1988); *Tichenor c. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans*, 32 F.3d 953 (1994); *Milla c. Tamayo*, 232 Cal. Rptr. 685 (1986); *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591; *Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. c. Terrell*, 359 S.E.2d 241 (1987); *Rabon c. Guardsmark, Inc.*, 571 F.2d 1277 (1978); *Webb by Harris c. Jewel Companies, Inc.*, 485 N.E.2d 409 (1985); *Doe c. Village of St. Joseph, Inc.*, 415 S.E.2d 56 (1992); *Noto c. St. Vincent's Hospital and Medical Center of New York*, 537 N.Y.S.2d 446 (1988); *A. (C.) c. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475; *D.C.B. c. Boulianne*, [1996] B.C.J. No. 2183 (QL); *B. (K.L.) c. British Columbia* (1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1; *B. (W.R.) c. Plint* (1998), 161 D.L.R. (4th) 538; *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360; *Doe c. Samaritan Counseling Center*, 791 P.2d 344 (1990); *Mary M. c. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991); *John R. c. Oakland Unified School District*, 769 P.2d 948 (1989); *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Bradley Egg Farm, Ltd. c. Clifford*, [1943] 2 All E.R. 378; *Dodd c. Cook*, [1956] O.R. 470; *Olinski c. Johnson* (1997), 32 O.R. (3d) 653; *Armagas Ltd. c. Mundogas SA*, [1986] 2 All E.R. 385.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, conf. (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*); *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271.  
*Societies Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 362, art. 3(1).

#### Doctrine citée

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.  
Baty, T. *Vicarious Liability*. Oxford: Clarendon Press, 1916.

Flannigan, Robert. "The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 73.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.

Laski, Harold J. "The Basis of Vicarious Liability" (1916), 26 *Yale L.J.* 105.

*Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. T. (G.) v. Griffiths*), 89 B.C.A.C. 126, 145 W.A.C. 126, [1997] 5 W.W.R. 203, 27 C.C.E.L. (2d) 307, [1997] B.C.J. No. 695 (QL) (*sub nom. G.J. v. Griffiths*), reversing a decision of the British Columbia Supreme Court, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL), finding the respondent Club vicariously liable for intentional sexual abuse by one of its employees. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, McLachlin and Bastarache JJ. dissenting.

*Christopher R. Penty*, for the appellants.

*Gordon G. Hilliker* and *Julie D. Fisher*, for the respondent Boys' and Girls' Club of Vernon.

*William J. Sammon*, for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops.

*Susan M. Vella* and *Jonathan Eades*, for the intervener Wunnumin Lake First Nation.

The reasons of L'Heureux-Dubé, McLachlin and Bastarache JJ. were delivered by

McLACHLIN J. (dissenting) —

### Introduction

1

This case involves claims for damages by a brother and sister against the Vernon Boys' and Girls' Club ("the Club") for incidents of sexual assault by one of the Club's employees. The plain-

Flannigan, Robert. «The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments» (1998), 77 *R. du B. can.* 73.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.

Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.

Laski, Harold J. «The Basis of Vicarious Liability» (1916), 26 *Yale L.J.* 105.

*Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. T. (G.) c. Griffiths*), 89 B.C.A.C. 126, 145 W.A.C. 126, [1997] 5 W.W.R. 203, 27 C.C.E.L. (2d) 307, [1997] B.C.J. No. 695 (QL) (*sub nom. G.J. c. Griffiths*), qui a infirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL), de tenir le Club intimé responsable du fait d'autrui en raison des actes intentionnels d'agression sexuelle accomplis par l'un de ses employés. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Bastarache sont dissidents.

*Christopher R. Penty*, pour les appelants.

*Gordon G. Hilliker* et *Julie D. Fisher*, pour l'intimé le Boys' and Girls' Club de Vernon.

*William J. Sammon*, pour l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada.

*Susan M. Vella* et *Jonathan Eades*, pour l'intervenante la Première Nation de Lac Wunnumin.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, McLachlin et Bastarache rendus par

LE JUGE McLACHLIN (dissidente) —

### Introduction

La présente affaire concerne des actions en dommages-intérêts intentées par un frère et une sœur contre le Boys' and Girls' Club de Vernon (le «Club») relativement à des épisodes d'agression

tiffs sought damages against the Club on the legal theory that it should be held vicariously liable for the intentional sexual abuse of its employee. The appeal from the trial judge's finding that the Club was vicariously liable was heard before the British Court of Appeal as a companion appeal to the *Children's Foundation* appeal ((1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*)).

My colleague Binnie J. adopts the test set out in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534 (hereinafter "*Children's Foundation*"), which the reasons in this case do not alter. However, he finds that on the facts in this case, that test is not met. I cannot, with respect, agree. The findings of fact of the trial judge, who concluded the Club should be held vicariously liable, confirm the same conclusion on the test set out in *Children's Foundation*.

#### Facts

The Club employed Harry Griffiths as Program Director from 1980 to 1992. Among others, the objectives of the Club were "to provide behaviour guidance and to promote the health, social, educational, vocational and character development of boys and girls". As Program Director during this time, Griffiths was encouraged to cultivate positions of trust and respect with his young charges. His relationship with the appellants in this case resulted in one incident of sexual assault against the male appellant and several incidents of assault, culminating in sexual intercourse, with the female appellant. The disclosure of these events was first made in 1992, some ten years after they occurred. After being removed from office, pursuant to the instigation of a police investigation, Griffiths pled guilty to 14 counts of sexual assault involving the plaintiffs and other children. The appellants in this

sexuelle par un employé du Club. Les demandeurs réclamaient des dommages-intérêts au Club en vertu de la théorie juridique voulant que sa responsabilité du fait d'autrui soit engagée en raison des actes intentionnels d'agression sexuelle accomplis par son employé. L'appel interjeté contre la conclusion du juge de première instance que le Club était responsable du fait d'autrui a été entendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à titre d'appel connexe à l'appel *Children's Foundation* ((1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*)).

Mon collègue le juge Binnie adopte le critère énoncé dans *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534 (ci-après «*Children's Foundation*»), que les motifs exposés en l'espèce ne modifient pas. Cependant, il conclut que, d'après les faits de la présente affaire, ce critère n'est pas respecté. Je ne saurais, en toute déférence, être d'accord. Les conclusions de fait du juge de première instance, qui a décidé qu'il y avait lieu de tenir le Club responsable du fait d'autrui, confirment la même conclusion tirée au sujet du critère énoncé dans *Children's Founda-tion*.

#### Les faits

Harry Griffiths a travaillé pour le Club comme directeur de programme de 1980 à 1992. Le Club avait pour objectif notamment [TRADUCTION] «de guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et de favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral». En tant que directeur de programme durant cette période, Griffiths était encouragé à cultiver la confiance et le respect chez les jeunes qui lui étaient confiés. Sa relation avec les appellants en l'espèce est à l'origine d'un épisode d'agression sexuelle de l'appelant et de plusieurs épisodes d'agression de l'appelante qui ont abouti à des rapports sexuels avec elle. L'existence de ces événements a été révélée pour la première fois en 1992, soit une dizaine d'années après qu'ils furent survenus. Après avoir été démis de ses fonctions à la suite de l'ouverture d'une enquête policière, Griffiths a plaidé coupable relativement à 14 chefs d'agression sexuelle impliquant les demandeurs et d'autres enfants. Les appelants en l'espèce ont

2

3

appeal sought civil damages from both Griffiths and the Club.

réclamé des dommages-intérêts au civil à Griffiths et au Club.

4 Activities at the Club generally were carried on after school and on Saturdays. While most activities occurred on Club premises, various outings took place for camping, sporting, and other purposes. During the appellants' time at the Club, Griffiths developed a friendship with them and paid particular attention to them. Every effort was made to present the Club as a trusted place to be and safe environment. The Club held Griffiths out to be a trusted confidant and role model.

En général, les activités du Club avaient lieu après l'école et le samedi. La plupart du temps, elles se déroulaient dans les locaux du Club, mais différentes sorties étaient organisées, notamment pour faire du camping et du sport. À l'époque où les appelants fréquentaient le Club, Griffiths s'est lié d'amitié avec eux et leur a accordé une attention particulière. Tout était mis en œuvre pour présenter le Club comme un endroit sûr et fiable. Le Club présentait Griffiths comme un confident digne de confiance et comme un modèle.

5 The appellants were among the children who frequented the Club. There they met and developed relationships with Griffiths. In the beginning, the relationships were entirely appropriate. In the end, it is alleged, they culminated in sexual assaults. In the case of the male appellant, then 10 or 11 years old, the allegation is that while at the Club, Griffiths invited him to his home and engaged him in a conversation of a sexual nature that devolved into an assault. In the case of the female appellant, it is alleged that after a period of working with her and encouraging her to develop a leadership role, Griffiths repeatedly assaulted her. In one of the incidents, on board a van drive to a Club-related sporting event, Griffiths allegedly placed her hand on his exposed penis.

Les appelants comptaient parmi les enfants qui fréquentaient le Club. Ils s'y rencontraient et y ont établi des liens avec Griffiths. Au début, ces liens étaient tout à fait convenables. À la fin, allègue-t-on, ils ont abouti à des agressions sexuelles. En ce qui concerne l'appelant, qui n'avait alors que 10 ou 11 ans, il est allégué que, pendant qu'il se trouvait au Club, Griffiths l'a invité à son domicile, où il a engagé avec lui une conversation de nature sexuelle qui a dégénéré en agression. Quant à l'appelante, il est allégué que Griffiths l'a agressée à maintes reprises, après avoir travaillé avec elle pendant un certain temps et l'avoir incitée à jouer un rôle de premier plan. À une occasion, Griffiths lui aurait placé la main directement sur son pénis pendant un trajet en fourgonnette pour se rendre à un événement sportif auquel participait le Club.

#### Judgments Below

*British Columbia Supreme Court*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL)

#### Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

*Cour suprême de la Colombie-Britannique*, [1995] B.C.J. No. 2370 (QL)

6 The trial judge, Wilkinson J., found that Griffiths had cultivated a "god-like" relationship with the children. Wilkinson J. also found that it was Griffiths' position at the Club that allowed him to create the relationships of trust that predicated the attacks: "the cultivation of his victims by Griffiths took place on Club premises during Club working hours and that without that special relationship and the cultivation that took place, the actual acts would not have taken place" (para. 74). Comparing the case to the precedents discussed in

Le juge Wilkinson, qui a présidé le procès, est arrivé à la conclusion que Griffiths avait incité les enfants à lui vouer un culte. Le juge Wilkinson a également conclu que c'est le poste qu'occupait Griffiths au Club qui lui a permis d'établir la relation de confiance à l'origine des agressions: [TRADUCTION] «Griffiths a enjôlé ses victimes dans les locaux du Club pendant les heures d'ouverture du Club et [. . .], n'eût été cette relation particulière et l'attitude enjôleuse adoptée, les actes en question n'auraient pas été accomplis» (par. 74).

our *Children's Foundation* decision, Wilkinson J. found that the incidents fell closer to the dishonest employee cases. He also, however, resorted to policy-based considerations for the ascription of vicarious liability (at paras. 67-70):

The principles set out in the authorities on vicarious liability rely on the usual questions, "Was he engaged on his master's business?" or "Was he acting as a stranger to his contract of employment?" Unless the business of the principal is to molest children, the answers to these and other questions may result in a denial of liability. Is that a result to be desired in the case of children who are sexually molested while in the care of adults?

Institutions engaged in the care of children are able to protect themselves with insurance and, more importantly, are in a better position than the children to prevent sexual misconduct.

If the scourge of sexual predation is to be stamped out, or at least controlled, there must be powerful motivation acting upon those who control institutions engaged in the care, protection and nurturing of children. That motivation will not in my view be sufficiently supplied by the likelihood of liability in negligence. In many cases evidence will be lacking or have long since disappeared. The proof of appropriate standards is a difficult and uneven matter.

In my view liability ought to, and does, follow where an employee's responsibility and employment involve the care and protection of children and the actions in question amount to doing wrongfully or criminally that which the employee was to do properly.

Based on these conclusions, Wilkinson J. held the Club vicariously liable for Griffiths' intentional torts.

*British Columbia Court of Appeal* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1

The same panel that decided the *Children's Foundation* appeal presided over the proceedings

Comparant l'affaire aux précédents qui sont analysés dans notre arrêt *Children's Foundation*, le juge Wilkinson a décidé que les épisodes en question relevaient davantage de la jurisprudence relative aux employés malhonnêtes. Il s'est toutefois également fondé sur des considérations de politique générale pour imputer une responsabilité du fait d'autrui (aux par. 67 à 70):

[TRADUCTION] Les principes énoncés dans la jurisprudence et la doctrine portant sur la responsabilité du fait d'autrui reposent sur les questions habituelles: «Travaillait-il pour l'entreprise de son employeur?» ou «Agissait-il en dehors de son contrat de travail?» À moins que l'entreprise du commettant ne consiste à agresser sexuellement des enfants, les réponses à ces questions notamment peuvent entraîner une dénégation de responsabilité. S'agit-il d'un résultat souhaitable dans le cas d'enfants qui sont agressés sexuellement par des adultes à qui ils sont confiés?

Les établissements qui sont chargés de veiller sur des enfants sont en mesure de se protéger en souscrivant une assurance et, qui plus est, ils sont mieux placés que les enfants pour prévenir l'inconduite sexuelle.

Pour éliminer ou, du moins, freiner le fléau de la prédation sexuelle, il faut une motivation puissante chez les dirigeants d'établissements qui se consacrent à la garde, à la protection et à l'éducation d'enfants. À mon avis, la probabilité d'une responsabilité pour négligence ne suffira pas à fournir cette motivation. Dans bien des cas, la preuve sera inexistante ou aura depuis longtemps disparu. La preuve des normes appropriées est une question difficile et changeante.

Selon moi, une responsabilité devrait s'ensuivre, et s'ensuit, lorsque, de par ses fonctions et son travail, un employé est appelé à veiller sur des enfants et à les protéger et que les actes en cause reviennent à faire d'une manière fautive ou criminelle ce qui devait être fait correctement.

S'appuyant sur ces conclusions, le juge Wilkinson a décidé que la responsabilité du fait d'autrui du Club était engagée en raison des délits intentionnels de Griffiths.

*Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1

Les juges qui ont entendu l'appel interjeté en l'espèce sont les mêmes qui ont tranché l'appel

below. Newbury J.A., applying the multi-faceted test she formulated in the *Children's Foundation* decision, would have allowed the appeal in part. For her, a critical factor was that most of the assaults occurred off Club property. Only the one incident of assault (involving the van trip to the Club-related sporting event) could anchor vicarious liability, as the others, which occurred off site and in Griffiths' own home, were too disconnected from the performance of Griffiths' job functions. Finch J.A. concurred, noting his independent reasons in *Children's Foundation*. Huddart J.A., however, applying the control-oriented test she developed in *Children's Foundation*, would have allowed the appeal *in toto*. In her opinion, there was no exercise of authority under which Griffiths carried out his assaults. As such, there could be no basis for vicarious liability. Hollinrake J.A. (for himself and Donald J.A.) concurred with Huddart J.A., also noting his separate reasons in *Children's Foundation*. Accordingly, the appeal was allowed and the finding of vicarious liability against the Club was reversed.

### Issue

- 9 The issue in this appeal is whether vicarious liability should attach to the Club for Griffiths' intentional sexual torts.

### Analysis

- 10 The reasons in *Children's Foundation* outline the preferable focus of inquiry for whether vicarious liability should attach for intentional torts such as the child abuse in this case. It might be noted at the outset that the learned trial judge proceeded much in the manner we suggest: he first analysed the relevant case law and then focussed the analysis through the lens of policy (albeit in a cursory manner).

*Children's Foundation*. Appliquant le critère à volets multiples qu'elle avait formulé dans l'arrêt *Children's Foundation*, le juge Newbury aurait accueilli l'appel en partie. Selon elle, un élément crucial était le fait que la plupart des agressions étaient survenues ailleurs qu'au Club. Un seul épisode d'agression (celui du trajet en fourgonnette à l'occasion d'un événement sportif auquel participait le Club) pouvait engager la responsabilité du fait d'autrui puisque les autres épisodes, qui sont survenus ailleurs qu'au Club et au domicile même de Griffiths, étaient trop dissociés de l'exercice des fonctions du poste occupé par Griffiths. Le juge Finch était du même avis et a évoqué les motifs distincts qu'il avait rédigés dans *Children's Foundation*. Le juge Huddart, toutefois, appliquant le critère axé sur le contrôle qu'elle avait établi dans *Children's Foundation*, était d'avis d'accueillir l'appel en totalité. Selon elle, Griffiths avait commis les agressions indépendamment de tout exercice d'autorité. Pour cette raison, rien ne justifiait d'imputer la responsabilité du fait d'autrui. Le juge Hollinrake (en son propre nom et en celui du juge Donald) s'est dit d'accord avec le juge Huddart et a aussi évoqué les motifs distincts qu'il avait rédigés dans *Children's Foundation*. En conséquence, l'appel a été accueilli et la décision d'imputer une responsabilité du fait d'autrui au Club a été infirmée.

### La question en litige

Il s'agit en l'espèce de savoir si la responsabilité du fait d'autrui du Club devrait être engagée en raison des délits sexuels intentionnels de Griffiths.

### Analyse

Les motifs exposés dans *Children's Foundation* indiquent sous quel angle il est préférable d'examiner la question de savoir si la responsabilité du fait d'autrui devrait être engagée pour des délits intentionnels comme l'agression sexuelle des enfants en l'espèce. On pourrait souligner, au départ, que le juge de première instance a procédé à peu près de la même façon que celle que nous proposons: il a d'abord examiné la jurisprudence pertinente, puis il a effectué son analyse sous l'angle de la politique générale (quoique de manière superficielle).

The trial judge concluded that the case law clearly supported holding the employer vicariously liable on this case. By contrast, Justice Binnie concludes that the cases point against holding the employer vicariously liable. Some courts have found vicarious liability in circumstances such as these. Others, some of which are emphasized by my colleague, have reasoned formalistically that no vicarious liability can lie when sexual abuse is antithetical to the employer's aims (e.g. *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.)). As discussed in *Children's Foundation*, the state of the case law on the issue is inconclusive and unsatisfactory. The cases therefore do not advance us. We must focus rather on the considerations of principle and policy discussed in the companion appeal.

Applying the test expressed in the companion appeal of *Children's Foundation* and mindful of the policy reasons for which vicarious liability exists, we must decide whether Griffiths' intentional torts were sufficiently linked to his employment duties to justify the imposition of vicarious liability. As explained in *Children's Foundation*, the key question is whether the Club's operation of its business and use of Griffiths in his employment position created or materially enhanced the risk of the sexual assaults that took place. We must be mindful not to reduce this inquiry to mere "but-for" causation analysis. Clearly "but for" his employment, Griffiths would never have even been introduced to the complainants. The analysis is more nuanced. Did the Club's operation throw into the community a very real risk that something like Griffiths' molestations would occur, and hence, should it be held liable to compensate for the realized losses accruing from that risk?

Le juge de première instance a conclu que la jurisprudence militait clairement en faveur de déclarer l'employeur responsable du fait d'autrui en l'espèce. Par contre, le juge Binnie arrive à la conclusion que la jurisprudence milite contre une conclusion de responsabilité du fait d'autrui de l'employeur. Certains tribunaux ont conclu à la responsabilité du fait d'autrui dans des circonstances comme celles de la présente affaire. D'autres, dont certains sont soulignés par mon collègue, ont jugé de façon formaliste que la responsabilité du fait d'autrui ne saurait être engagée lorsque l'agression sexuelle va à l'encontre des objectifs de l'employeur (par exemple, *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.)). Comme nous l'avons vu dans *Children's Foundation*, l'état de la jurisprudence sur la question n'est ni concluant ni satisfaisant. Les précédents ne nous sont donc d'aucune utilité. Nous devons plutôt nous concentrer sur les considérations de principe et de politique générale analysées dans le pourvoi connexe.

Appliquant le critère énoncé dans le pourvoi connexe *Children's Foundation* et compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui, il nous faut décider si les délits intentionnels de Griffiths étaient suffisamment liés aux fonctions de son poste pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Children's Foundation*, la question fondamentale est de savoir si l'entreprise que le Club exploitait et le recours aux services de Griffiths ont créé ou sensiblement accru le risque d'agression sexuelle qui s'est matérialisé en l'espèce. Nous devons prendre garde de ne pas ramener cet examen à une simple question de causalité de type «n'eût été». Il est évident que, «n'eût été» son emploi, Griffiths n'aurait jamais fait la connaissance des plaignants. L'analyse est plus nuancée. L'entreprise exploitée par le Club a-t-elle exposé la collectivité au risque très réel que se produisent des choses semblables aux agressions sexuelles commises par Griffiths et, partant, le Club devrait-il être contraint de procéder à l'indemnisation des pertes résultant de la matérialisation de ce risque?

13 I conclude that this question must be answered in the affirmative, given the findings of fact of the trial judge. In *Children's Foundation*, in addition to general principles, I listed a number of factors that can aid a court in considering this question. I turn now to those factors, almost all of which point in favour of liability.

14 The first factor is the opportunity that the enterprise afforded Griffiths to perpetrate his attacks. An environment into which children are entrusted not just for adult supervision, but for adult mentoring, is one highly charged with potential for an abuse of that trust. Griffiths was authorized to interact with the children at the Club, and it seems logical to conclude that he was authorized to interact with the children outside the presence of other adults (there were only two permanent staff members at the Club, himself and the Executive Director). The evidence reveals no requirement that he be in the presence of other adults when working with the children. The trial judge explicitly emphasized opportunity in imposing vicarious liability, finding that it was only because Griffiths was put in this special position vis-à-vis these children that he was able to effect his illicit plan.

15 A second factor, whether these acts could be said to further the employer's aims, militates against finding liability. Clearly the Club was not in the business of molesting children. But this observation is almost tautological. This suggests that whether the wrongful act furthers the employer's aims is more relevant when it points the other way, i.e., because we assume that intentional torts do not further employers' ends, it is only remarkable when the intentional torts do, in fact, further those ends, making imposition of vicarious liability in those instances almost always appropriate.

Je conclus que, compte tenu des conclusions de fait du juge de première instance, il faut répondre à cette question par l'affirmative. Dans *Children's Foundation*, outre les principes généraux, j'ai énuméré un certain nombre de facteurs qui peuvent aider un tribunal à examiner cette question. J'en viens maintenant à ces facteurs, qui militent presque tous en faveur de l'imputation d'une responsabilité.

Le premier facteur est l'occasion que l'entreprise offrait à Griffiths de commettre ses agressions. Un milieu dans lequel des enfants sont non seulement placés sous la surveillance d'un adulte, mais confiés à un adulte appelé à servir de mentor, est un milieu dans lequel les possibilités d'abuser de cette confiance sont considérables. Griffiths était autorisé à interagir avec les enfants au Club, et il semble logique de conclure qu'il était autorisé à le faire sans la présence d'autres adultes (le Club ne comptait que deux employés permanents, lui-même et le directeur général). D'après la preuve, il n'était pas tenu de travailler avec les enfants en présence d'autres adultes. Le juge de première instance a expressément insisté sur l'occasion fournie en imposant la responsabilité du fait d'autrui, concluant que c'est uniquement parce que Griffiths se trouvait dans cette situation particulière par rapport aux enfants qu'il a pu mettre à exécution son plan illicite.

Un deuxième facteur, soit la question de savoir s'il était possible d'affirmer que les actes en cause contribuaient à la réalisation des objectifs de l'employeur, milite contre l'imputation de responsabilité. De toute évidence, l'entreprise du Club ne consistait pas à agresser sexuellement des enfants. Toutefois, cette observation est presque tautologique. Cela porte à croire que la question de savoir si l'acte fautif contribue à la réalisation des objectifs de l'employeur est plus pertinente lorsqu'elle laisse supposer le contraire, c'est-à-dire que, parce que nous présumons que des délits intentionnels ne contribuent pas à la réalisation des objectifs de l'employeur, ce facteur n'est remarquable que lorsque les délits intentionnels contribuent effectivement à la réalisation de ces objectifs, ce qui fait qu'il est presque toujours indiqué d'imputer la

In the instant appeal, however, this factor is of little significance.

Although the sexual tort itself was not in furtherance of the Club's aims, the securing of a position of trust, power and intimacy in order to effectively mentor the children was squarely within the organization's objectives. The trial judge found that according to its own constitution, the Club's mandate was "to provide behaviour guidance and to promote the health, social, education, vocational and character development of boys and girls" (emphasis added). He characterized the enterprise as devoted to "the care, protection, and nurturing of children" (para. 69). The employer's objective of a trusting and intimate relationship between its employees and the children flowed from this objective. The evidence and findings establish that it was crucial for Griffiths to secure a position of trust in order to cultivate his victim pool. Thus while the intentional tort of sexual assault itself was unauthorized, its necessary predicate — cultivation of a position of trust and intimacy — was. It is this authorization of the trusting relationship that favours the attribution of vicarious liability under the second factor. I thus draw a distinction between a situation where, for example, an intimate situation of trust develops serendipitously, as a matter of chance, and one where the relationship develops as a necessity of the employer's objectives. (I would contrast a situation where a school student quite by chance befriends, and subsequently trusts, a school janitor whose work does not require trust-like contact with students, with one where a school student develops a situation of trust with the guidance counsellor.) The Club, by making one of its goals "to provide behaviour guidance", and thus authorizing the development of a trusting and intimate relationship, introduced the risks associated with such relationships between adults and children. This strengthens the argument that it should be held financially responsible for those risks when they materialized.

responsabilité du fait d'autrui dans ces cas-là. Dans le présent pourvoi, ce facteur a toutefois peu d'importance.

Même si le délit sexuel lui-même ne contribuait pas à la réalisation des objectifs du Club, l'établissement d'une situation de confiance, de pouvoir et d'intimité afin d'encadrer efficacement les enfants y contribuait directement. Le juge de première instance a conclu que, d'après son propre acte constitutif, le Club avait pour mission [TRADUCTION] «de guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et de favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral» (je souligne). Il a considéré qu'il s'agissait d'une entreprise consacrée [TRADUCTION] «à la garde, à la protection et à l'éducation d'enfants» (par. 69). Le but de l'employeur d'établir une relation de confiance et d'intimité entre ses employés et les enfants découlait de cet objectif. La preuve soumise et les conclusions tirées établissent qu'il était capital que Griffiths obtienne un poste de confiance pour enjôler son bassin de victimes. Donc, bien que le délit intentionnel d'agression sexuelle lui-même n'ait pas été autorisé, son prédicat nécessaire — l'établissement d'une situation de confiance et d'intimité — l'était. C'est cette autorisation de la relation de confiance qui favorise l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui en vertu du deuxième facteur. J'établis donc une distinction entre la situation où, par exemple, des liens intimes basés sur la confiance sont noués par un heureux hasard, et celle où ces liens sont noués par la force des choses eu égard aux objectifs de l'employeur. (J'opposerais le cas de l'élève qui établit une relation de confiance avec le conseiller d'orientation à celui de l'élève qui se lie fortuitement d'amitié avec le concierge de son école et en vient à faire confiance à cette personne qui, dans le cadre de son travail, n'a pas à avoir avec les élèves des contacts apparentés à des rapports de confiance.) En se donnant comme objectif de «guider la conduite» et en autorisant ainsi l'établissement d'une relation de confiance et d'intimité, le Club a engendré les risques associés à de telles relations entre adultes et enfants. Cela renforce l'argument qu'il devrait être tenu financièrement responsable de ces risques lorsqu'ils se matérialisent.

17

This brings us to the third factor discussed in *Children's Foundation*: whether the wrongful act was related to intimacy inherent in the employer's enterprise and the opportunity for abuse it afforded. On this point, I part company with my colleague Binnie J. The care, protection and nurturing of children to which the trial judge alluded on the facts of how the Club and Mr. Griffiths operated clearly encouraged relationships of intimacy. The Club went further, in its nurturing activities, than encouraging rapport with a role model; it positively encouraged an intimate relationship to develop between Griffiths and his young charges. The risk associated with this position of trust was exacerbated by the troubled and vulnerable nature of many of the Club's clients. The Boys' and Girls' Club was not a garden-variety sports league. It rather took as its function the goal of guidance and moral direction to youths, many of whom had disadvantaged or even troubled backgrounds, like the appellants in this appeal. For this, the Club cannot be criticized. Indeed, it may be lauded. But the fact remains that having assumed this special mentoring responsibility, the Club may also be properly viewed as having assumed responsibility for the heightened risks it introduced. The rationales of risk allocation and deterrence discussed in *Children's Foundation* are engaged, and liability may more readily be imposed.

18

A fourth consideration is the extent of power conferred on the employee in relation to the victim. Courts must be conscious of both expressly and implicitly conferred power. In this case, I need go no further than the trial judge's finding that Griffiths exercised a "god-like" authority over his victims to conclude that yet another factor points toward liability. This negates the suggestion that "[t]he Club did not confer any meaningful 'power' over the appellants" (Binnie J., at para. 83). While the child's subjective assessment of the situation is not alone conclusive of the nature of the power the employee exercised, when analysing the degree of power a job carries, it is certainly appropriate to

Cela nous amène au troisième facteur analysé dans *Children's Foundation*, à savoir si l'acte fautif était lié à une intimité inhérente à l'entreprise de l'employeur et à l'occasion d'abus qu'elle procurait. À ce sujet, je me dissocie du juge Binnie. La garde, la protection et l'éducation d'enfants, auxquelles le juge de première instance a fait allusion relativement à la façon de fonctionner du Club et de Griffiths, encourageaient nettement l'établissement de liens intimes. Dans ses activités d'éducation, le Club est allé plus loin qu'encourager l'établissement de liens avec un modèle à imiter; il a indéniablement encouragé l'établissement de liens intimes entre Griffiths et les jeunes qui lui étaient confiés. Le risque associé à ce poste de confiance était accentué par le fait que bien des clients du Club étaient des personnes vulnérables et en difficulté. Le Boys' and Girls' Club n'était pas une ligue sportive ordinaire. Il se donnait plutôt pour mission de guider et d'orienter sur le plan moral des jeunes qui, dans bien des cas, provenaient d'un milieu défavorisé ou étaient même en difficulté, comme les appelants dans le présent pourvoi. À cet égard, le Club ne saurait être critiqué. En réalité, il est digne d'éloges. Mais il reste que, du fait qu'il a assumé cette responsabilité particulière d'encadrement, le Club peut également être considéré à bon droit comme ayant assumé la responsabilité des risques accrus qu'il a engendrés. Les raisons qui sous-tendent la répartition du risque et la dissuasion analysées dans l'arrêt *Children's Foundation* s'appliquent, et la responsabilité peut être imputée plus facilement.

Un quatrième facteur est l'étendue du pouvoir conféré à l'employé par rapport à la victime. Les tribunaux doivent être conscients du pouvoir conféré tant explicitement qu'implicitement. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la constatation du juge de première instance que Griffiths exerçait sur ses victimes un pouvoir tenant du culte pour conclure qu'un autre facteur milite en faveur de l'imputation d'une responsabilité. Cela écarte l'idée que «[l]e Club ne conférerait aucun «pouvoir» significatif sur les appelants» (le juge Binnie, au par. 83). Bien que l'appréciation subjective de la situation par l'enfant ne soit pas à elle seule concluante quant à la nature du pouvoir

consider what a reasonable child would think of the employee's position in assessing whether the employer should be held vicariously liable for the employee's tort. While Griffiths was hardly a police officer or foster parent, power must be understood in context. Here, as a role model at a club that dealt with vulnerable children, there is little to negate the trial judge's conclusion that Griffiths' position over the children was one of power. By clothing the employee with that power, the employer introduced a risk, small but real, of its abuse. This, in turn, supports the view that the employer may fairly be held responsible for the misuses of such power.

The fifth factor is the vulnerability of potential victims to the wrongful exercise of employees' power. When victims are vulnerable, a heightened risk exists that a predatory employee will exploit the chance to abuse positions of trust or power. It goes without saying that children are vulnerable as potential victims of intentional torts such as sexual abuse. These children, troubled adolescents, were more vulnerable than most.

The analysis does not end with the non-exhaustive list of factors in *Children's Foundation* provided to give guidance to lower courts. The ultimate focus must be on the connection between the employment and the tort, and whether the former materially and significantly enhanced or exacerbated the risk of the latter. As suggested in *Children's Foundation*, negating factors may come into play in making this determination. This case provides such an example. Other than the van incident, Griffiths' assaults all took place off site (at his home) and after hours. This fact weighs against holding the Club liable for the Griffiths' torts, buttressing the submission that Griffiths'

exercé par l'employé, lorsqu'on analyse le degré de pouvoir que comporte un emploi, il convient sûrement, pour déterminer si la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur devrait être engagée en raison du délit de l'employé, de tenir compte de ce qu'un enfant raisonnable penserait de la situation de cet employé. Bien que Griffiths n'ait guère été un policier ou un parent de famille d'accueil, pour comprendre le pouvoir exercé il faut le situer dans son contexte. Ici, vu qu'il servait de modèle dans un club qui s'occupait d'enfants vulnérables, il n'y a pas grand-chose qui milite contre la conclusion du juge de première instance que la situation de Griffiths par rapport aux enfants, était une situation de pouvoir. En investissant l'employé de ce pouvoir, l'employeur a créé un risque, léger mais réel, qu'il en abuse. Cela étaye alors l'opinion que l'employeur peut légitimement être tenu responsable de l'usage abusif de ce pouvoir.

Le cinquième facteur est la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice abusif du pouvoir d'un employé. Le risque qu'un employé prédateur saisisse la chance de commettre un abus de confiance ou de pouvoir est accru lorsque les victimes sont vulnérables. Il va sans dire que les enfants sont vulnérables en tant que victimes potentielles de délits intentionnels comme l'agression sexuelle. Ces enfants, adolescents en difficulté, étaient plus vulnérables que la plupart des gens.

La liste non exhaustive de facteurs fournie dans *Children's Foundation* pour guider les tribunaux inférieurs ne met pas fin à l'analyse. En fin de compte, il faut se concentrer sur le lien entre l'emploi et le délit, et sur la question de savoir si l'emploi a sensiblement accru le risque de délit. Comme on le propose dans *Children's Foundation*, des facteurs militant contre l'imputation d'une responsabilité peuvent entrer en ligne de compte pour répondre à cette question. La présente affaire en est un exemple. Mis à part l'épisode de la fourgonnette, Griffiths a commis toutes ses agressions ailleurs qu'au Club (à son domicile) et en dehors des heures d'ouverture de l'établissement. Ce fait milite contre l'imputation d'une responsabilité au Club pour les délits de Griffiths, étant donné qu'il étaye l'argument que la conduite de Griffiths était

conduct was perverse personal frolic, wholly unrelated to the scope of his employment.

21 The force of that suggestion, however, is largely dissipated by two countervailing considerations. First, spatial and temporal factors such as when and where the torts occurred must be considered together with all the other relevant factors. They are not *per se* determinative. The issue of whether a sufficient connection to posit vicarious liability exists between the wrongful act and the employment involves much more than when and where the wrongful act occurred. This leads to the second countervailing consideration. To treat the torts simply as discrete incidents that occurred at Griffiths' house ignores the careful plan of entrapment that Griffiths laid. It was his fostering of trust at the Club, flowing from the requirement of his employment that he forge bonds of intimacy and respect, that enabled him to commit his despicable acts. Again, a comparison might be useful. If one cashier at a supermarket invites another over to dinner and assaults him, the tort cannot be said to arise out of the employment. This is so even though the employment provided the opportunity, through on-the-job socialization, to convince the co-worker to accept the invitation. The incident would remain an example of otherwise unremarkable "mere opportunity". Without more, it provides no basis to draw the tort back to the supermarket. The current case, however, is entirely different. It is not the mere coincidence of location and interaction that led Griffiths to prey upon his victims — it is rather that he worked at a job where he was put in a special position of trust and power over particularly vulnerable people and used that position to carry out an abuse of the power with which he was conferred to carry out his duties. It is this considerably stronger connection that justifies the Club being held liable to bear the costs of the losses inflicted by Griffiths.

22 Almost all the relevant factors suggest that Griffiths' torts were, in fact, linked to his employment. I would therefore hold the Club vicariously

un jeu personnel pervers qui n'avait rien à voir avec l'exercice de ses fonctions.

La force de cette proposition est toutefois largement diminuée par deux considérations atténuantes. Premièrement, les facteurs spatial et temporel, comme l'endroit et le moment où les délits ont été commis doivent être pris en considération avec tous les autres facteurs pertinents. Ils ne sont pas déterminants en soi. Pour décider s'il existe, entre l'acte fautif et l'emploi, un lien suffisant pour engager la responsabilité du fait d'autrui, il est loin d'être suffisant de savoir où et quand cet acte fautif a été commis. Cela nous amène à la deuxième considération atténuante. Considérer les délits comme de simples épisodes distincts survenus au domicile de Griffiths, c'est faire abstraction du plan soigneusement conçu par Griffiths pour prendre les enfants au piège. C'est en amenant les enfants à lui faire confiance au Club, du fait que ses fonctions l'obligeaient à tisser des liens d'intimité et de respect, qu'il a pu accomplir ses actes ignobles. Là encore, une comparaison pourrait être utile. Si un caissier d'un supermarché invite un collègue à souper chez lui et l'agresse, on ne saurait dire que ce délit résulte de l'emploi. Il en est ainsi même si c'est l'emploi qui a fourni l'occasion, par la socialisation sur les lieux de travail, de convaincre le collègue d'accepter l'invitation. Cet épisode demeurerait un exemple de «simple occasion» par ailleurs anodine. Il ne permet pas, à lui seul, de rattacher le délit au supermarché. Toutefois, l'affaire qui nous occupe est complètement différente. Ce n'est pas une simple coïncidence de lieu et d'interaction qui a amené Griffiths à s'attaquer à ses victimes, mais plutôt le fait que les fonctions qu'il exerçait le plaçaient dans une situation particulière de confiance et de pouvoir vis-à-vis de personnes vulnérables et le fait qu'il s'est servi de cette situation pour abuser du pouvoir dont il avait été investi pour s'acquitter de ses fonctions. C'est ce lien beaucoup plus solide qui justifie de tenir le Club responsable du coût des pertes causées par Griffiths.

Presque tous les facteurs pertinents indiquent que les délits commis par Griffiths étaient, en réalité, liés à son emploi. Je suis donc d'avis

liable for his conduct. The policy rationales underpinning vicarious liability — fair compensation and deterrence — support this conclusion. The Club introduced Griffiths to the community's children and clothed him with special responsibilities and powers over those children who were most vulnerable. It created and sustained the risk that materialized. Compensation for the harm that followed may fairly be viewed as a cost of the Club's operations. The rationales of risk distribution and deterrence support vicarious liability in these circumstances.

I differ from the Court of Appeal, not on the factors they considered, but on how those factors relate to the ultimate issue of the relationship between the employee's wrongful act and his employment. The ultimate issue is not the time and place of the wrongs (emphasized by *Newbury J.A.*), nor whether Griffiths could have perpetrated his wrongs as a friendly neighbour (emphasized by *Huddart J.A.*). These factors, while relevant, must be considered with the other factors to which I have alluded to determine whether the employment materially and significantly enhanced the risk of the abuse that occurred. While the connection between employment and wrong in this case may have been less compelling than the overwhelmingly close connection established in the *Children's Foundation* appeal, the evidence and the findings of the trial judge suffice to establish that the employment materially and significantly enhanced the risk of the sexual assaults that occurred.

I add three brief comments on related points. First that I do not see the issue as a contest between fairness and liability. The goal of compensation is not simply a deep pockets rule. Fair compensation involves internalizing the cost of a risk on the appropriate party, judged not by terms of ability to pay but by introduction of the risk that led to the tort. To cast the issue in terms of "proliability" versus "fairness" is to posit a false dichotomy between vicarious liability and what is

d'imputer au Club une responsabilité du fait d'autrui pour la conduite de Griffiths. Les raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui — la juste indemnisation et la dissuasion — appuient cette conclusion. Le Club a présenté Griffiths aux enfants de la collectivité et l'a investi de responsabilités et de pouvoirs particuliers à l'égard de ces enfants qui étaient très vulnérables. Il a créé et maintenu le risque qui s'est matérialisé. L'indemnisation du préjudice qui a suivi peut à bon droit être considérée comme un coût d'exploitation du Club. Les raisons qui sous-tendent la répartition du risque et la dissuasion appuient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui dans ces circonstances.

Je suis en désaccord avec la Cour d'appel non pas en ce qui concerne les facteurs dont elle a tenu compte, mais plutôt en ce qui a trait à la façon dont ces facteurs se rapportent à la question fondamentale du lien entre l'acte fautif de l'employé et son emploi. L'essentiel n'est pas de savoir quand et où les délits ont été commis (comme l'a souligné le juge *Newbury*), ni si Griffiths aurait pu commettre ces délits en tant que gentil voisin (comme l'a souligné le juge *Huddart*). Ces facteurs, qui sont pertinents, doivent être pris en considération avec les autres facteurs que j'ai évoqués pour décider si l'emploi a sensiblement accru le risque d'agression qui s'est matérialisé. Bien que le lien entre l'emploi et l'acte fautif en l'espèce puisse avoir été moins déterminant que le lien des plus étroits qui a été démontré dans le pourvoi *Children's Foundation*, la preuve et les conclusions du juge de première instance suffisent à établir que l'emploi a sensiblement accru le risque d'agression sexuelle qui s'est matérialisé.

J'ajoute trois brefs commentaires sur des points connexes. Premièrement, je ne perçois pas la question comme étant un affrontement entre l'équité et la responsabilité. L'objectif d'indemnisation n'est pas simplement une règle de bourses bien garnies. La juste indemnisation consiste à faire assumer le coût d'un risque par la bonne partie, en fonction non pas de la capacité de payer, mais plutôt de la création du risque à l'origine du délit. Formuler la question en termes de «pro-responsabilité» par

23

24

fair. Our ultimate goal is a rule of vicarious liability that is fair to the plaintiff, the defendant, and society.

opposition à «équité» revient à établir une fausse dichotomie entre la responsabilité du fait d'autrui et ce qui est équitable. Notre objectif ultime est d'établir une règle de responsabilité du fait d'autrui qui soit équitable pour le demandeur, le défendeur et la société.

25 Second, for the reasons set out in *Children's Foundation*, I cannot agree that the goals of compensation and deterrence are not served in this case, notwithstanding the non-profit character of the Club. I note that the old common law charitable immunity rule has long been abolished. The animation of such a rule was that many charities, performing needed and valuable services to the public, might have had to cease operations had they been inundated with tort claims (either fault-based or non-fault-based claims). The rule having been rejected, the logic on which it was based — that charities should be exempted from tort claims lest they be forced to cease good works — should also be rejected, absent legislative countermand.

Deuxièmement, pour les motifs exposés dans *Children's Foundation*, je ne saurais convenir que les objectifs d'indemnisation et de dissuasion ne sont pas servis en l'espèce, même si le Club est un organisme sans but lucratif. Je souligne que l'ancienne règle de common law de l'exonération des organismes de bienfaisance a été abolie il y a longtemps. Cette règle était justifiée par le fait que de nombreux organismes de bienfaisance, qui rendaient au public des services précieux et utiles, auraient pu devoir cesser leurs activités s'ils avaient été accablés d'actions en responsabilité délictuelle (fondées ou non sur la faute). Vu que la règle a été rejetée, il y a également lieu, à moins que le législateur ne commande le contraire, de rejeter la logique sur laquelle elle reposait — à savoir que les organismes de bienfaisance devraient être exemptés de toute action en responsabilité délictuelle de crainte qu'ils ne soient forcés d'abandonner leurs bonnes œuvres.

26 Finally, I would reject any suggestion that an employee's job must bear a sufficient similarity to parenting to invoke vicarious liability in child abuse cases. Such an analysis seems to me to focus inordinately on the power exercised by the employee to the exclusion of other factors in the test propounded in *Children's Foundation* and is to be eschewed.

Enfin, je rejetterais toute proposition suivant laquelle le travail d'un employé doit être suffisamment semblable au rôle parental pour que puisse être invoquée la responsabilité du fait d'autrui dans des cas d'agression d'enfants. Une telle analyse me semble mettre démesurément l'accent sur le pouvoir exercé par l'employé, au détriment d'autres facteurs du critère proposé dans *Children's Foundation*, et doit être évitée.

27 In the end, however one may parse this tort, it arose from the risks created by the special situation of trust and respect fostered by Griffiths as part of the Club's enterprise. The Club is an institution that has the explicit agenda of taking in troubled youths like the appellants and providing behavioural guidance through activities such as sport. That enterprise carries risks. Those risks materialized here, with grave physical and emotional consequences. The Club's goals are laudable, but they cannot immunize it from

Finalement, de quelque manière qu'il puisse être analysé, ce délit résulte des risques créés par la situation particulière de confiance et de respect entretenue par Griffiths dans le cadre de l'entreprise du Club. Le Club est une institution qui a pour mission explicite de s'occuper de jeunes en difficulté comme les appelants, et de guider leur conduite au moyen d'activités comme le sport. Cette entreprise comporte des risques. Ces risques se sont matérialisés en l'espèce et ont entraîné de graves conséquences sur les plans physique et

responsibility for the losses generated by its employee's conduct.

### Conclusion

The appeal should be allowed with costs and the judgment of the trial court restored.

The judgment of Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ. was delivered by

BINNIE J. — The attribution of vicarious liability is not so much a “deduction from legalistic premises” as it is a matter of policy, as the Court observes in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, released concurrently (hereinafter “*Children's Foundation*”), at para. 26. Nevertheless, as the Court adds, “[a] focus on policy is not to diminish the importance of legal principle” (para. 27). In *Children's Foundation*, the employer set out to create, from the highest of motives, a quasi-parental relationship between its employees and the children in their care, with all of the authority and intimacy of such relationships, and thereby “materially increased the risk of the harm that ensued” para. 43). The physical touching associated with the quasi-parental relationship precipitated into sexual abuse. In my opinion, however, the present case falls on the other side of the line, and does not warrant the imposition of vicarious liability. Much as the Court may wish to take advantage of the deeper pockets of the respondent to see the appellants compensated, we have no jurisdiction *ex aequo et bono* to practise distributive justice. On the facts of this case, legal principle and precedents favour the respondent.

If the Boys' and Girls' Club of Vernon were vicariously responsible for damages arising out of the criminal conduct of its employee Griffiths, which so far as this appeal is concerned must be taken to have been unknown, unauthorized and unforeseen, then it would be difficult to imagine many enterprises whose mandate includes

affectif. Les objectifs du Club sont louables, mais ils ne sauraient l'exonérer de toute responsabilité pour les pertes résultant de la conduite de son employé.

### Conclusion

Le pourvoi devrait être accueilli avec dépens et le jugement de la cour de première instance devrait être rétabli.

Version française du jugement des juges Cory, Iacobucci, Major et Binnie rendu par

LE JUGE BINNIE — L'imputation de la responsabilité du fait d'autrui n'est pas tant une «déduction fondée sur des prémisses formalistes» qu'une question de politique générale, comme notre Cour le fait observer au par. 26 de l'arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, rendu simultanément (ci-après «*Children's Foundation*»). Néanmoins, d'ajouter la Cour, «[l']accent mis sur une politique générale ne doit pas diminuer l'importance des principes juridiques» (par. 27). Dans *Children's Foundation*, l'employeur cherchait à établir, pour les raisons les plus louables, une relation quasi-parentale entre ses employés et les enfants confiés à leurs soins, avec tout le pouvoir et l'intimité que comportent de telles relations, et il a, de ce fait, «accru sensiblement le risque de préjudice qui a résulté» (par. 43). Les attouchements associés à la relation quasi parentale ont dégénéré en agression sexuelle. J'estime cependant que la présente affaire est différente et ne justifie pas l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. Bien que notre Cour puisse souhaiter profiter de la bourse bien garnie de l'intimé pour voir indemniser les appelants, nous n'avons pas compétence *ex aequo et bono* pour pratiquer la justice distributive. D'après les faits de la présente affaire, les principes juridiques et la jurisprudence favorisent l'intimé.

Si la responsabilité du fait d'autrui du Boys' and Girls' Club de Vernon était engagée en raison du préjudice découlant de la conduite criminelle de son employé Griffiths, qui, aux fins du présent pourvoi, doit être considérée comme ayant été adoptée à l'insu du Club, sans son autorisation et sans qu'il l'ait prévue, il serait alors difficilement

28

29

30

mentoring or role models for children being able to escape vicarious liability to provide financial compensation for criminal sexual abuse by an employee. While on the positive side such an all-embracing attribution of no-fault liability would assist victims in the position of the appellants, it would also change the legal ground rules under which recreational organizations were thought to be governed under the existing case law. These organizations could be expected to respond rationally, if reluctantly, to a new harbinger of financial liability. They might vote with their feet. It is therefore important that here, as elsewhere, the test for vicarious liability adopted by the Court in *Children's Foundation* be applied with serious rigour.

31 McLachlin J. in *Children's Foundation* sets out the two-step process for determining when an unauthorized act is "so connected" to the employer's enterprise that liability should be imposed (at para. 15):

First, a court should determine whether there are precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls. If prior cases do not clearly suggest a solution, the next step is to determine whether vicarious liability should be imposed in light of the broader policy rationales behind strict liability.

In my view, the case law, reflecting policy judgments by various courts over many years and across many different jurisdictions, "clearly" suggests that the imposition of no-fault liability in this case would overshoot the existing judicial consensus about appropriate limits of an employer's no-fault liability. This same conclusion is reached under the second step of the analysis in which the "broader policy rationales" are confronted directly. I therefore think the British Columbia Court of Appeal correctly denied vicarious no-fault liability in this case and I would dismiss the appeal on that point, without prejudice to the appellants' right to

concevable que de nombreuses entreprises qui ont pour mandat notamment de fournir des modèles à des enfants et de les encadrer puissent échapper à la responsabilité de verser une indemnité pécuniaire pour l'agression sexuelle criminelle commise par un de leurs employés. Même, si d'un point de vue positif, une telle imputation globale de responsabilité sans faute aidait les victimes dans la situation des appelants, elle changerait également les règles juridiques de base en vertu desquelles les organismes de loisirs sont censés être régis par la jurisprudence actuelle. On pourrait s'attendre que ces organismes réagiraient de manière rationnelle, sinon à contrecœur, à un nouveau présage de responsabilité financière. Ils pourraient décider de mettre fin à leurs activités. Il est donc important que, dans la présente affaire, comme ailleurs, le critère relatif à la responsabilité du fait d'autrui que notre Cour a adopté dans *Children's Foundation* soit appliqué très rigoureusement.

Dans *Children's Foundation*, le juge McLachlin énonce la procédure en deux étapes applicable pour décider quand un acte non autorisé est «si étroitement lié» à l'entreprise de l'employeur que la responsabilité devrait être imputée (au par. 15):

Le tribunal doit d'abord décider s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause. Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la prochaine étape consiste à décider si la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent la responsabilité stricte.

À mon avis, il ressort «nettement» de la jurisprudence, qui reflète les jugements de principe rendus par divers tribunaux au cours de nombreuses années et dans de nombreux ressorts différents, que l'imputation d'une responsabilité sans faute en l'espèce irait au-delà du consensus judiciaire existant sur les limites appropriées de la responsabilité sans faute d'un employeur. On arrive à la même conclusion à la deuxième étape de l'analyse dans laquelle on s'attaque directement aux «raisons de politique générale». Je pense donc que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison de ne pas imputer la responsabilité sans faute du fait

continue proceedings in the Supreme Court of British Columbia, if so advised, on the issues of the Club's potential fault-based liability.

### Facts

The enterprise operated by the Vernon Boys' and Girls' Club is typical of a vast number of non-profit organizations operating in communities from coast to coast. The founders wisely had the Club incorporated in 1976 under the *Societies Act*, R.S.B.C. 1960, c. 362. As a society, the Club cannot carry on "any trade, industry, or business" (s. 3(1)). It derives most of its revenue from federal and provincial grants, membership and program fees, and fundraisers. Its constitution includes as objectives:

to provide behaviour guidance and to promote the health, social, educational, vocational and character development of boys and girls. . . .

At the time of the assaults, the Club had a board of volunteer Directors. There were two salaried employees. Griffiths, as Program Director, reported to the only other paid employee, the Executive Director. Griffiths supervised volunteer staff on a daily basis. Unlike the employer in the *Children's Foundation*, the Vernon Boys' and Girls' Club provided a recreational, not a residential, facility for children. It did not purport to offer parenting of any description to its members. Griffiths' function, so far as the Club was concerned, was to organize recreational activities and the occasional outing, as will be discussed below in greater detail, and nothing more.

In 1982 Jody Jacobi was 13 years old, and her brother Randy was 11. They lived at home. The Club was within walking distance. Jody and Randy on occasion participated in Club activities after school or on Saturdays. Amongst these activities, Randy played floor hockey and Jody did gymnas-

d'autrui en l'espèce et je rejetterais le pourvoi sur ce point, sous réserve du droit des appelants de poursuivre les procédures devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, si cela leur est conseillé, relativement aux questions de la responsabilité potentielle du Club, fondée sur la faute.

### Les faits

L'entreprise exploitée par le Boys' and Girls' Club de Vernon ressemble à un grand nombre d'organismes sans but lucratif qui œuvrent dans des collectivités au Canada. Les fondateurs du Club ont eu la sagesse, en 1976, de le constituer en personne morale sous le régime de la *Societies Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 362. En qualité de société, le Club ne peut exercer [TRADUCTION] «aucune activité industrielle ou commerciale» (par. 3(1)). Il tire la majorité de ses revenus de subventions fédérales et provinciales, de frais d'adhésion et de programme, et de campagnes de financement. Les objectifs suivants figurent dans son acte constitutif:

[TRADUCTION] . . . guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et [. . .] favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral . . .

À l'époque des agressions, le conseil d'administration du Club était composé de bénévoles. Il y avait deux employés salariés. Griffiths, en tant que directeur de programme, relevait du seul autre employé rémunéré, le directeur général. Griffiths assurait la supervision quotidienne du personnel bénévole. Contrairement à l'employeur dans *Children's Foundation*, le Boys' and Girls' Club de Vernon fournissait non pas le logement mais des installations récréatives aux enfants. Il ne prétendait aucunement tenir lieu de parent pour ses membres. Le rôle de Griffiths, en ce qui concernait le Club, se limitait à organiser des activités récréatives et des sorties occasionnelles, comme nous le verrons plus en détail ultérieurement.

En 1982, Jody Jacobi avait 13 ans et son frère Randy, 11 ans. Ils vivaient chez leur mère et pouvaient se rendre à pied au Club. Jody et Randy participaient parfois aux activités du Club après l'école ou le samedi. Randy jouait notamment au hockey en salle et Jody faisait de la gymnastique.

tics. The trial judge found that “[t]he Club was a fun place to go and was safe” ([1995] B.C.J. No. 2370 (QL), at para. 7).

Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «[l]e Club était un endroit sûr et amusant à fréquenter» ([1995] B.C.J. No. 2370 (QL), au par. 7).

34 For both Jody and Randy, their home life was not easy. Their mother had moved them to Vernon, British Columbia from Calgary in 1979 after splitting up with their father, her second husband. Her third marriage lasted a few months in 1980 and came to an end in January 1981. She married again in 1982, but separated in 1985. The trial judge found that there was “a lot of turmoil at home” (para. 26) in the late 1970s, and her marriage in 1980 was “a disaster”, including “inter-family tension” and “serious emotional and physical abuse, certainly in the presence of the two youngest children [the appellants], if not directed at them” (para. 27).

La vie familiale de Jody et de Randy n’était pas facile. Leur mère avait déménagé avec eux de Calgary à Vernon (Colombie-Britannique) en 1979, après s’être séparée de leur père, qui était son deuxième mari. Son troisième mariage a duré quelques mois en 1980 et a pris fin en janvier 1981. Elle s’est remariée en 1982, mais s’est séparée en 1985. Le juge de première instance a conclu qu’il y avait eu [TRADUCTION] «beaucoup d’agitation à la maison» (par. 26) à la fin des années 70, et que le mariage de la mère en 1980 avait été «un désastre», sans compter «les tensions interfamiliales» et «la violence grave sur les plans affectif et physique, certainement en présence des deux plus jeunes enfants [les appelants], quand ils n’en étaient pas eux-mêmes victimes» (par. 27).

35 The Vernon Boys’ and Girls’ Club happened to offer something of a sanctuary for these children, particularly Jody, who completed a course of leadership training. Jody testified at trial that she felt safe at the Club and her only friends were other members of the Club. After the assaults in question she continued her association with the Club, and years later participated in its activities as a full-time salaried worker. Randy also felt safe at the Club and all his friends and activities centred around the Club. The trial judge found (at para. 8):

Le Boys’ and Girls’ Club de Vernon se trouvait à servir en quelque sorte de refuge à ces enfants, particulièrement à Jody qui y a suivi un cours de formation de moniteurs. Celle-ci a témoigné au procès qu’elle se sentait en sécurité au Club et que ses seuls amis étaient d’autres membres du Club. Après les agressions en cause, elle a continué à fréquenter le Club et, quelques années plus tard, elle a participé à ses activités à titre d’employée salariée à plein temps. Randy se sentait aussi en sécurité au Club, où il rencontrait tous ses amis et exerçait toutes ses activités. Le juge de première instance a conclu (au par. 8):

All this was precisely the sort of thing the Club was supposed to foster and was particularly beneficial to children such as [Randy] whose family background was not especially happy.

[TRADUCTION] C’est précisément le genre de chose que le Club était supposé favoriser et qui était particulièrement bénéfique pour des enfants comme [Randy] dont le milieu familial n’était pas particulièrement gai.

36 The sexual abuse occurred on separate occasions in approximately 1982. Randy and Jody were each assaulted away from the Club and outside working hours (except for one incident of sexual touching of Jody in the Club’s van for which Newbury J.A. in the British Columbia Court of Appeal would

Les agressions sexuelles sont survenues à des occasions différentes vers 1982. Randy et Jody ont tous deux été agressés en dehors des locaux et des heures d’ouverture du Club (à l’exception de l’épisode d’attouchements sexuels dont Jody a été victime dans la fourgonnette du Club, pour lequel le

have found the Club vicariously responsible). Griffiths' job was to coordinate the after-school activities. This included supervising and some participation in the members' activities. He was expected to develop a "rapport" with the members. The trial judge found that both Jody and Randy suffered long-term trauma from the incidents. Neither even felt able to disclose them until about 10 years later. The trial judge found that "[e]ssentially there was a single incident involving" Randy and "one incident of sexual intercourse involving" Jody "following several lesser incidents" (para. 1). Griffiths pleaded guilty to these and other offences and was jailed for six years.

This background is important because it is clear that by reason of their age and unsettled home life these children were vulnerable to a sexual predator like Griffiths. If the Club was negligent in hiring Griffiths, or supervising him, or in using Griffiths to discharge its own duty of care to the children, direct liability would result. In this appeal, however, we are asked to proceed on the basis that there is no *direct* liability. We are concerned only with the possibility of the Club's vicarious "no-fault" liability for Griffiths' crimes. The trial judge considered that it was necessary to impose vicarious liability as a matter of public policy "[i]f the scourge of sexual predation is to be stamped out, or at least controlled" (para. 69). I agree that we are dealing with public policy as developed in the jurisprudence but, with respect, it seems to me there is a whole complex of such public policy considerations that have to be weighed if justice is to be done to all concerned. More importantly, at the end of the day, judicial policy must yield to legal principle.

juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique aurait déclaré le Club responsable du fait d'autrui). Le travail de Griffiths consistait à coordonner les activités parascolaires. Il consistait aussi à superviser et à participer jusqu'à un certain point aux activités des membres. On s'attendait à ce qu'il établisse des liens avec les membres. Le juge de première instance a décidé que Jody et Randy avaient souffert d'un traumatisme à long terme en raison de ces épisodes. Dix années se sont écoulées avant même qu'ils soient capables de révéler ce qui leur était arrivé. Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «[i]l y [avait] eu essentiellement un seul épisode impliquant» Randy et «un épisode de rapports sexuels impliquant» Jody «à la suite de plusieurs épisodes moins graves» (par. 1). Griffiths a plaidé coupable relativement à ces infractions et à d'autres infractions et a purgé six ans d'emprisonnement.

Ce contexte est important parce qu'il est clair qu'en raison de leur âge et d'une vie familiale instable, ces enfants étaient vulnérables aux attaques d'un prédateur sexuel comme Griffiths. Si le Club avait été négligent en embauchant Griffiths ou en le supervisant, ou encore en se servant de lui pour s'acquitter de sa propre obligation de diligence envers les enfants, une responsabilité directe s'en suivrait. Toutefois, on nous demande, en l'espèce, de tenir pour acquis qu'il n'y a pas de responsabilité *directe*. Nous nous intéressons seulement à la possibilité que la responsabilité «sans faute» du fait d'autrui du Club soit engagée en raison des crimes de Griffiths. Le juge de première instance a estimé qu'il était nécessaire, pour des raisons de politique générale, d'imputer la responsabilité du fait d'autrui [TRADUCTION] «[p]our éliminer ou, du moins, freiner le fléau de la prédation sexuelle» (par. 69). Je conviens que nous avons affaire à une politique générale établie par la jurisprudence mais, en toute déférence, il me semble qu'il existe tout un ensemble de telles considérations de politique générale qu'il faut soupeser si on veut que justice soit rendue à l'égard de toutes les intéressés. Qui plus est, la politique établie par les tribunaux doit, en fin de compte, céder le pas aux principes juridiques.

The “Opportunity” for Abuse Created by the Employer

38 The trial judge found that Griffiths took the opportunity to develop friendly relationships with the victims through Club activities. With regard to Randy, the trial judge stated at para. 8:

During the course of his attendance, Harry [Griffiths] paid more and more attention to him, appeared to respect him and encouraged him to become involved in more activities. Harry made him feel more important. Randy was taken on a floor hockey trip to Edmonton in the Club van. He felt safe at the Club and his friends and activities became centred at the Club and Harry made him feel important and respected.

In respect of Jody, the trial judge stated at para. 11:

[Jody] found Harry Griffiths to be very friendly and supportive. He encouraged her and appeared to respect her greatly. He encouraged her to take leadership roles in various activities and she became an instructor and eventually a full-time worker in the Club. She thought Harry was wonderful and believed that he liked and respected her.

39 The testimony of Griffiths in portions of his discovery transcript that were read in at trial demonstrate that Griffiths was not placed in a special position of trust with respect to the children’s “care, protection and nurturing”. While any friendship between an adult and a child has an aspect of trust, the trial judge I think went beyond the reality of this Club when he accepted Jody’s description at trial of Griffiths as a “god-like” authority. Even if true, it is fair to say that this view of Griffiths did not reflect any state of affairs willed into existence by the Club or that was foreseeably incidental to its enterprise.

40 When asked how he selected these victims from all of the children that attended at the Club, Griffiths responded that there was no specific reason. The children who later became victims were particularly outgoing and friendly and were the

L’«occasion» de commettre une agression créée par l’employeur

Le juge de première instance a décidé que Griffiths avait saisi l’occasion fournie par les activités du Club pour se lier d’amitié avec les victimes. En ce qui concerne Randy, le juge de première instance a dit, au par. 8:

[TRADUCTION] Pendant qu’il était à son poste, Harry [Griffiths] lui a prêté de plus en plus attention, il paraissait le respecter et l’encourageait à participer à plus d’activités. Harry le faisait sentir plus important. [Randy] s’est rendu à une joute de hockey en salle à Edmonton dans la fourgonnette du Club. Il se sentait en sécurité au Club, où il en est venu à rencontrer tous ses amis et à exercer toutes ses activités, et Harry le faisait sentir important et respecté.

En ce qui concerne Jody, le juge de première instance a affirmé, au par. 11:

[TRADUCTION] [Jody] trouvait Harry Griffiths très amical et d’un grand soutien. Il l’a encouragée et paraissait lui vouer un grand respect. Il l’encourageait à jouer un rôle de premier plan dans diverses activités, puis elle est devenue monitrice et, en fin de compte, employée à plein temps du Club. Elle pensait que Harry était merveilleux et croyait qu’il l’aimait et la respectait.

Le témoignage de Griffiths, dans certaines parties de la transcription de son interrogatoire préalable qui ont été lues au procès, démontre qu’il ne se trouvait pas dans une situation spéciale de confiance en ce qui concernait [TRADUCTION] «la garde, [. . .] la protection et [. . .] l’éducation» des enfants. Bien que toute amitié entre un adulte et un enfant comporte un aspect de confiance, j’estime que le juge de première instance a outrepassé la réalité de ce Club lorsqu’il a accepté la façon dont Jody a décrit Griffiths au procès, comme étant un être à qui elle vouait un culte. Même si cela était vrai, il est juste de dire que cette perception de Griffiths n’était ni un résultat souhaité par le Club, ni une conséquence prévisible de son entreprise.

Quand on lui a demandé comment il avait choisi ces victimes parmi tous les enfants qui fréquentaient le Club, Griffiths a répondu qu’il n’y avait aucune raison particulière. Les enfants qui sont devenus par la suite des victimes étaient particulièrement

ones who had sought Griffiths out to participate in the games and activities. Over a period of time a friendly relationship was built up between Griffiths and the two children. The course of criminal conduct grew step by step from that friendship, and not from any alleged position of trust. This is evident from the transcript: when asked whether there were any particular words he used to get the children to participate in sex acts, Griffiths responded:

... it was the — I guess the sexual talk and innuendo, joking, and they seemed to partake in that also with the jokes back and comments. So you know that started and then it continued on into where they spent more and more time and they were coming over at my place and then the sexual acts started. [Emphasis added.]

In my view, an accurate summary of the evidence relating to the relationship between Griffiths and the Club as well as the authority (or lack thereof) Griffiths had over the children is found in the decision by Huddart J.A. of the British Columbia Court of Appeal ((1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1, at pp. 7-8):

Mr. Griffiths was the Program Director of the respondent Club, one of two full-time employees. His job was to encourage children to participate in its activities and to supervise those activities, and in so doing to further the Club's objectives, among which is "to promote behaviour guidance and to promote the health, social, educational, vocational and character development of boys and girls." In that capacity he was encouraged to form friendships with the boys and girls. That was the most the Club could ask him to do. It had no power or authority over the children. It was not their parent. Nor did it stand *in loco parentis*. The boys and girls went home to their parents after every activity. [Emphasis added.]

This description is to be contrasted with the facts in *Children's Foundation* where, as explained by McLachlin J. at para. 58, "[t]he opportunity for intimate private control and the parental relationship and power required by the terms of employment created the special environment that nurtured

rements sociables et amicaux, et étaient ceux qui avaient incité Griffiths à participer aux jeux et aux activités. Après un certain temps, une relation d'amitié s'est établie entre Griffiths et les deux enfants. Une conduite criminelle s'est développée progressivement grâce à cette amitié, et non pas grâce à une prétendue situation de confiance. La transcription le montre clairement: quand on lui a demandé s'il avait employé des mots particuliers pour amener les enfants à participer à des actes sexuels, Griffiths a répondu:

[TRADUCTION] ... c'était — je crois la conversation sexuelle et les allusions sexuelles, les plaisanteries, et ils semblaient également y participer en répondant par d'autres plaisanteries et des commentaires. Ainsi vous savez, cela a débuté et s'est poursuivi jusqu'au point où ils passaient de plus en plus de temps et ils venaient chez moi et alors les actes sexuels ont commencé. [Je souligne.]

J'estime qu'un résumé fidèle de la preuve relative à la relation entre Griffiths et le Club, ainsi qu'au pouvoir (ou à l'absence de pouvoir) que Griffiths exerçait sur les enfants, figure dans la décision du juge Huddart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1997), 31 B.C.L.R. (3d) 1, aux pp. 7 et 8):

[TRADUCTION] Monsieur Griffiths était le directeur de programme du Club intimé, l'un des deux employés à plein temps. Son travail consistait à encourager les enfants à participer aux activités du Club et à superviser ces activités, et ce faisant, à favoriser la réalisation des objectifs du Club, qui étaient notamment «de guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et de favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral». À ce titre, il était encouragé à se lier d'amitié avec les garçons et les filles. C'était le maximum que le Club pouvait lui demander de faire. Le Club n'avait ni pouvoir, ni autorité sur les enfants. Il n'était pas leur parent. Il ne leur tenait pas lieu de parent non plus. Les garçons et les filles retournaient chez leurs parents après chaque activité. [Je souligne.]

Cette description doit être opposée aux faits de l'affaire *Children's Foundation* où, comme l'a expliqué le juge McLachlin, au par. 58, «[l]'occasion d'exercer un contrôle personnel intime ainsi que l'autorité et la relation parentales requises par les conditions de travail ont engendré le climat

and brought to fruition Curry's sexual abuse. . . . Indeed, it is difficult to imagine a job with a greater risk for child sexual abuse" (emphasis added). While any situation which places adults in contact with children creates some possibility of abuse, an employer who encourages an employee to create no more than a positive rapport with children is not at the same end of the spectrum of risk as the employer in *Children's Foundation*.

#### Applying the Test from *Children's Foundation*

42 In *Children's Foundation*, this Court endorses the "enterprise risk" approach to vicarious liability. Thus at para. 31 McLachlin J. explains, "[t]he employer puts in the community an enterprise which carries with it certain risks. When those risks materialize and cause injury to a member of the public despite the employer's reasonable efforts, it is fair that the person or organization that creates the enterprise and hence the risk should bear the loss." The touchstone of "fairness" in this context depends not on "foreseeability of risks from specific conduct, but . . . foreseeability of the broad risks incident to a whole enterprise" (para. 39). Finally, "there must be a strong connection between what the employer was asking the employee to do (the risk created by the employer's enterprise) and the wrongful act. It must be possible to say that the employer significantly increased the risk of the harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks" (para. 42) (first emphasis added; second emphasis in original).

43 It is important to be precise about the characteristics of the particular enterprise at issue in this appeal. The Club provided the employee with an opportunity to meet children, as does any organization that deals with children. The Club authorized Griffiths to develop a rapport with these children. This again is inevitable in any such enterprise. The Club offered recreation in a public

propice à la perpétration de l'agression sexuelle par Curry. [. . .] En réalité, il est difficile d'imaginer un travail qui comporte un plus grand risque d'agression sexuelle pour les enfants» (je souligne). Bien que toute situation qui met des adultes en contact avec des enfants crée une certaine possibilité d'agression, l'employeur qui encourage un employé à n'établir que des liens positifs avec des enfants ne présente pas le même risque que l'employeur dont il est question dans *Children's Foundation*.

#### Application du critère établi dans *Children's Foundation*

Dans *Children's Foundation*, notre Cour adhère à la façon, fondée sur le «risque d'entreprise», d'aborder la responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, comme l'explique le juge McLachlin, au par. 31, «[l']employeur implante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques. Quand ces risques se matérialisent et causent un préjudice à un membre du public malgré les efforts raisonnables de l'employeur, il est juste que la perte soit assumée par la personne ou l'organisme qui a créé l'entreprise et, en conséquence, le risque.» La pierre angulaire de l'«équité» dans ce contexte est non pas «la prévisibilité des risques découlant d'une conduite particulière, mais [. . .] la prévisibilité des risques généraux que comporte l'ensemble d'une entreprise» (par. 39). Enfin, «il doit exister un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire (le risque créé par l'entreprise de l'employeur) et l'acte fautif. Il doit être possible de dire que l'employeur a accru sensiblement le risque de préjudice en plaçant l'employé dans son poste et en lui demandant d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées» (par. 42) (le premier soulignement est de moi; le deuxième est dans l'original).

Il est important d'être précis en ce qui concerne les caractéristiques particulières de l'entreprise en cause dans le présent pourvoi. Le Club fournissait à l'employé l'occasion de rencontrer des enfants, à l'instar de tout organisme qui s'occupe d'enfants. Le Club autorisait Griffiths à établir des liens avec ces enfants, ce qui, encore une fois, est inévitable dans une telle entreprise. Le Club offrait des loisirs

setting (as opposed to the privacy of Griffiths' home) in group activities with other persons including children and volunteers whose continuing presence would have been fatal to Griffiths' personal agenda. Griffiths had no job-created authority to insinuate himself into the intimate lives of these children. Unlike *Children's Foundation* the enterprise here had only two employees and its emphasis was on developing (horizontal) relationships among the members, not (vertical) relationships to persons in authority.

### Stage 1: Previous Cases

As McLachlin J. points out, different torts may raise different issues in the analysis of potential vicarious liability. It is easier to rationalize the imposition of no-fault vicarious liability for an employee's negligent performance of the employer's contract, for example, than to impose on the employer vicarious liability for criminal conduct, such as a sexual assault, committed by the employee for personal gratification. The case law included in the stage 1 analysis ought therefore to raise as closely as possible the same issues as are raised in the case under appeal. Canadian courts have in fact examined a variety of circumstances in which it has been sought to make employers liable for sexual assaults committed by employees. It is fair to say that these cases demonstrate a strong reluctance to impose no-fault liability for such deeply personal and abhorrent behaviour on the part of an employee. The trial judge in this case, navigating without the benefit of McLachlin J.'s decision in *Children's Foundation*, felt it unnecessary to make a comprehensive study of the case law. Apart from the trial decision in *Children's Foundation*, he cited only *Boothman v. Canada*, [1993] 3 F.C. 381 (T.D.), a case of workplace harassment by an immediate supervisor, and *The Queen v. Levy Brothers Co.*, [1961] S.C.R. 189, a case of mail theft by employees of Canada Post. Neither *Boothman* nor *Levy Brothers* sheds much light on the specific problems raised by this

dans un endroit public (par opposition à l'intimité du foyer de Griffiths) sous forme d'activités de groupe avec d'autres personnes, y compris des enfants et des bénévoles dont la présence permanente aurait été fatale aux projets personnels de Griffiths. L'emploi de Griffiths ne l'autorisait nullement à s'immiscer dans la vie intime de ces enfants. À la différence de *Children's Foundation*, l'entreprise en l'espèce comptait seulement deux employés, et était axée sur l'établissement de liens (de consultation) entre les membres, et non pas de liens (de subordination) avec des personnes en autorité.

### Première étape: la jurisprudence

Comme le juge McLachlin le souligne, des délits différents peuvent soulever des questions différentes lorsqu'il s'agit de déterminer s'il peut y avoir responsabilité du fait d'autrui. Il est plus facile de rationaliser, par exemple, l'imputation de la responsabilité sans faute du fait d'autrui en raison de l'exécution négligente par l'employé du contrat de l'employeur, que d'imputer à l'employeur une responsabilité du fait d'autrui en raison d'un comportement criminel, comme une agression sexuelle, adopté par un employé pour son propre plaisir. La jurisprudence comprise dans la première étape de l'analyse devrait donc soulever des questions aussi semblables que possible à celles du présent pourvoi. Les tribunaux canadiens ont effectivement examiné une gamme de circonstances dans lesquelles on a cherché à tenir l'employeur responsable d'une agression sexuelle commise par un employé. Il est juste de dire que ces affaires témoignent d'une grande hésitation à imputer la responsabilité sans faute pour un comportement aussi personnel et répugnant de la part d'un employé. En l'espèce, le juge de première instance, qui ne bénéficiait pas des motifs du juge McLachlin dans l'affaire *Children's Foundation*, a estimé qu'il était inutile de procéder à une étude complète de la jurisprudence. Outre le jugement de première instance rendu dans *Children's Foundation*, il n'a cité que *Boothman c. Canada*, [1993] 3 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.), une affaire de harcèlement en milieu de travail par un supérieur immédiat, et *The Queen c. Levy Brothers Co.*, [1961] R.C.S.

appeal, and *Children's Foundation* is a very different case on the facts.

(a) *The "Opportunity" Cases*

45

As McLachlin J. notes at para. 40 of *Children's Foundation*, "any employment can be seen to provide the causation of an employee's tort. Therefore, 'mere opportunity' to commit a tort, in the common 'but-for' understanding of that phrase, does not suffice" to impose no-fault liability (emphasis in original). The "janitor" cases, for example, illustrate that the creation of opportunity without job-created power over the victim or other link between the employment and the tort will seldom constitute the "strong connection" required to attract vicarious liability. In *E.D.G. v. Hammer*, [1998] B.C.J. No. 992 (QL) (S.C.), Vickers J. found there was no vicarious liability on a school board for the sexual assault committed by a janitor since "[a]ll that can be said to support a finding of vicarious liability is that Mr. Hammer was employed as a janitor at the school and his duties provided him with the opportunity to commit the wrongful acts" (para. 52). With regard to the policy considerations in such cases, Vickers J. expressed concern about courts encroaching on matters better left to the legislature (at para. 54):

The choice is whether to impose the burden of these damages on an innocent School Board as opposed to leaving them lie with the innocent victim. It is not a proper policy choice to impose on the court. If school boards are to become insurers for all of the actions of their employees then that is a policy choice that must be made by Members of the Legislative Assembly.

46

The Ontario Court of Appeal declined to impose vicarious liability in *Q. v. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581 (Ont. H.C.), aff'd (1986), 34 D.L.R. (4th) 767 (Ont. C.A.). In that

189, une affaire de vol de courrier par des employés de Postes Canada. Ni *Boothman* ni *Levy Brothers* ne clarifient grandement les problèmes particuliers que pose le présent pourvoi, et l'affaire *Children's Foundation* est très différente sur le plan des faits.

a) *La jurisprudence relative à l'occasion fournie*

Comme le fait observer le juge McLachlin, au par. 40 de l'arrêt *Children's Foundation*, «tout emploi [. . .] fournit la relation de cause à effet du délit d'un employé. Par conséquent, la "simple occasion" de commettre un délit, au sens ordinaire de "n'eût été", ne suffit pas» pour imputer la responsabilité sans faute (souligné dans l'original). Les affaires de concierge, par exemple, montrent que la création d'une occasion ne comportant ni pouvoir sur la victime créé par l'emploi ni aucun autre lien entre l'emploi et le délit constitue rarement le «lien solide» requis pour déclencher la responsabilité du fait d'autrui. Dans *E.D.G. c. Hammer*, [1998] B.C.J. No. 992 (QL) (C.S.), le juge Vickers a conclu que la responsabilité du fait d'autrui d'un conseil scolaire n'était pas engagée en raison de l'agression sexuelle commise par son concierge, car [TRADUCTION] «[t]out ce qu'on peut dire pour étayer une conclusion de responsabilité du fait d'autrui est que M. Hammer travaillait comme concierge de l'école et que ses tâches lui ont fourni l'occasion de commettre les actes fautifs» (par. 52). En ce qui concerne les considérations de politique générale dans ces affaires, le juge Vickers a dit craindre que les tribunaux empiètent sur des questions qu'il appartient davantage au législateur de trancher (au par. 54):

[TRADUCTION] Il s'agit de choisir entre imposer le fardeau de ce préjudice à un conseil scolaire innocent, ou le laisser assumer par la victime innocente. Il ne s'agit pas d'un bon choix de politique générale à imposer au tribunal. Si les conseils scolaires doivent devenir assureurs de tous les actes de leurs employés, alors il s'agit d'un choix de politique générale qui doit être fait par les membres de l'assemblée législative.

La Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'imputer la responsabilité du fait d'autrui dans *Q. c. Minto Management Ltd.* (1985), 15 D.L.R. (4th) 581 (H.C. Ont.), conf. par (1986), 34 D.L.R. (4th) 767

case a tenant was raped in her apartment by the landlord's employee. The employee had access through his employment to the master keys for the apartment building. Gray J. rejected the claim of vicarious liability against the landlord for the sexual assaults because he viewed the act of the employee as an independent act that was insufficiently related to the scope of employment. (Gray J. did, however, find that the landlord was negligent, and this finding afforded a basis of direct liability that was upheld by the Ontario Court of Appeal.)

Similarly, in *Goodwin c. Commission scolaire Laurenval*, [1991] R.R.A. 673, 8 C.C.L.T. (2d) 267 (Que. S.C.), Forget J. found that a janitor of a school in that case had been told that if he let students into the locked school after hours, he was to follow them to ensure that they did not wander in the school without supervision. A young girl who had asked the janitor to use the washroom facilities at a time when the school was closed was subjected to an episode of sexual touching by the janitor. Forget J. found that the school board was not liable because even though the Board had conferred some child-related responsibilities (i.e., supervision to and from the washroom), the assault was insufficiently connected to the janitor's duty to supervise (at p. 679 R.R.A.):

[TRANSLATION] Applying these criteria, it becomes clear that Mr. Cheng was not acting in the performance of his duties when he engaged in the alleged conduct. What Mr. Cheng said and what he did were not in any way connected with a supervisory activity. The situation would be entirely different if, for example, the janitor had struck the children because they refused to leave the school or obey his instructions; but that is not the case.

A further level of complexity is added in cases where the enterprise provides not only the "bare opportunity", but adds a job-created excuse for intimate access to the individual who becomes the victim. In these cases the enterprise adds to a "mere" opportunity a mode of operation that

(C.A. Ont.). Dans cette affaire, une locataire avait été violée dans son appartement par l'employé du propriétaire. Grâce à son emploi, l'employé avait accès aux passe-partout de l'immeuble d'habitation. Le juge Gray a rejeté l'action en responsabilité du fait d'autrui intentée contre le propriétaire pour les agressions sexuelles commises, parce qu'il considérait que l'acte de l'employé était un acte indépendant non suffisamment lié à l'exercice de ses fonctions. (Le juge Gray a toutefois conclu que le propriétaire avait été négligent, et cette conclusion constituait un motif de responsabilité directe qui a été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario).

De même, dans *Goodwin c. Commission scolaire Laurenval*, [1991] R.R.A. 673 (C.S. Qué.), le juge Forget a conclu que, dans cette affaire, le concierge d'une école avait été prévenu que s'il laissait entrer des élèves dans l'école fermée à clef après les heures d'ouverture, il devrait les suivre afin de s'assurer qu'ils n'y déambulent pas sans surveillance. Une jeune fille qui avait demandé au concierge de lui donner accès aux toilettes à un moment où l'école était fermée a subi un épisode d'attouchement sexuel de la part du concierge. Le juge Forget a décidé que le conseil scolaire n'était pas responsable, parce que même si celui-ci avait confié au concierge certaines responsabilités liées aux enfants (c.-à-d. la surveillance des enfants qui se rendaient aux toilettes et qui en sortaient), l'agression n'était pas suffisamment liée au rôle de surveillance du concierge (à la p. 679):

En appliquant ces critères, il devient évident que M. Cheng n'agissait pas dans l'exécution de ses fonctions au moment où il a posé le geste reproché. Les paroles prononcées par M. Cheng et le geste posé, n'avaient aucune relation avec une activité de surveillance. Il en serait tout autrement, par exemple, si le concierge avait frappé les enfants, puisqu'elles refusaient de quitter l'école ou d'obéir à ses directives; tel n'est pas le cas.

Le degré de complexité s'accroît quand l'entreprise fournit non seulement la «simple occasion», mais ajoute une excuse créée par l'emploi pour justifier un accès intime auprès de l'individu qui devient la victime. En pareil cas, l'entreprise ajoute à la «simple» occasion un mode de fonc-

facilitates access to the victim to commit the very type of tort that happened. This, however, has not been thought by Canadian courts a sufficiently "strong connection" to impose no-fault liability on the employer.

49 In *B. (J.-P.) v. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125, the New Brunswick Court of Appeal found that the hospital corporation was not vicariously liable when one of the male nurses in its employ sexually assaulted a sleeping patient. The assault took place during working hours. The court found that the male nurse had, through his employment, the opportunity to enter the room of the sleeping patient where he committed the assault, but these facts were not sufficient to find the employer vicariously liable.

50 In *Barrett v. The Ship "Arcadia"* (1977), 76 D.L.R. (3d) 535 (B.C.S.C.), an employee engaged as an officer's steward by the defendant navigation shipping company dressed in a steward's uniform and entered the stateroom of a passenger. The passenger had no reason to believe that he was not acting within the capacity of a passenger's steward. Upon entering the room, the employee began sexually assaulting the passenger, who then ran out of the cabin to call for help. The court found that the defendant steamship company could not be held vicariously liable since the assault was "an act clearly separate and apart from, and unconnected with his employment as an officer's steward" (p. 537).

51 While these cases did not have the benefit of the *Children's Foundation* framework of analysis, they do illustrate the historical reluctance of judges in this country to fix employers with no-fault liability on the basis merely of job-created opportunity even where accompanied (as in the present appeal) by privileged access to the victim. In such cases it may be acknowledged that proximity and regular contact may afford a pool of potential

tionnement qui facilite l'accès auprès de la victime pour commettre le type même de délit qui est survenu. Cependant, les tribunaux canadiens n'ont pas cru que ce lien était suffisamment «solide» pour pouvoir imputer la responsabilité sans faute à l'employeur.

Dans *B. (J.-P.) c. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a décidé que la responsabilité du fait d'autrui de la corporation hospitalière n'était pas engagée en raison de l'agression sexuelle d'un patient endormi commise par un membre de son personnel infirmier. L'agression avait eu lieu pendant les heures de travail. La cour a conclu que l'infirmier avait, à cause de son emploi, eu l'occasion d'entrer dans la chambre du patient endormi où il avait commis l'agression, mais ces faits n'étaient pas suffisants pour déclarer l'employeur responsable du fait d'autrui.

Dans *Barrett c. The Ship «Arcadia»* (1977), 76 D.L.R. (3d) 535 (C.S.C.-B.), un employé embauché comme steward pour les officiers par la compagnie de transport maritime défenderesse avait revêtu un uniforme de steward et était entré dans la cabine d'une passagère. La passagère n'avait aucune raison de croire que l'employé n'agissait pas en qualité de steward pour les passagers. Après être entré dans la cabine, l'employé a commencé à agresser sexuellement la passagère, qui a alors quitté les lieux en courant pour aller chercher du secours. Le tribunal a conclu que la responsabilité du fait d'autrui de la compagnie de navigation défenderesse ne pouvait pas être engagée parce que l'agression était [TRADUCTION] «un acte clairement séparé et distinct de son emploi de steward pour les officiers et n'avait aucun lien avec cet emploi» (p. 537).

Bien que les tribunaux n'y aient pas bénéficié du cadre d'analyse établi dans *Children's Foundation*, ces affaires montrent l'hésitation que les juges de notre pays ont eue, dans le passé, à imputer à l'employeur la responsabilité sans faute simplement en raison d'une occasion créée par l'emploi, même lorsque cette occasion était accompagnée (comme en l'espèce) d'un accès privilégié auprès de la victime. Dans de telles affaires, il est possible de

victims. Nevertheless, while each of the enterprises in the above cases foreseeably created risks that were not otherwise present, it was concluded (to put it in terms of the *Children's Foundation* analysis) that there was an insufficiently strong connection between the type of risk created and the actual assault that occurred to warrant imposition of no-fault liability.

The U.S. cases are generally to the same effect. In *Boykin v. District of Columbia*, 484 A.2d 560 (D.C. 1984), the Court of Appeals found that the District of Columbia public schools could not be held vicariously liable for a sexual assault on a blind, deaf and mute student by the coordinator of a program for blind and deaf students. "We do not believe that a sexual assault may be deemed a direct outgrowth of a school official's authorization to take a student by the hand or arm in guiding her past obstacles in the building" (p. 562). The employee's conduct was "utterly without relation to the service which he was employed to render" (p. 564). (I add, parenthetically, that the authority in the present case to "touch" a child by steadying his or her dismount from a piece of gym equipment or as part of a ball or hockey game, is no more related to a sexual assault than was the authority to take the blind child by the hand to guide her around obstacles in the building in the *Boykin* case.) In *Lourim v. Swensen*, 936 P.2d 1011 (Or. Ct. App. 1997), at p. 1015, the Oregon Court of Appeals reviewed many of the more recent cases of sexual assaults by employees and refused to find, as a matter of law, that the Boy Scouts of America could be held liable for sexual assaults committed by a scout leader. See also *Ciarochi v. Boy Scouts of America, Inc.*, Alaska Sup. Ct., Ketchikan Registry IKE-89-42 CI, August 6, 1990, where the trial court refused to impose vicarious

reconnaître que la proximité et les contacts réguliers peuvent fournir un bassin de victimes potentielles. Néanmoins, bien que chacune des entreprises dans les affaires susmentionnées ait créé des risques prévisibles qui n'auraient pas existé par ailleurs, il a été décidé (pour reprendre les termes de l'analyse de *Children's Foundation*) qu'il n'y avait pas de lien suffisamment solide entre le type de risque créé et l'agression réellement survenue pour justifier l'imputation d'une responsabilité sans faute.

La jurisprudence américaine va généralement dans le même sens. Dans *Boykin c. District of Columbia*, 484 A.2d 560 (D.C. 1984), la Court of Appeals a conclu que la responsabilité du fait d'autrui des écoles publiques du district de Columbia ne pouvait pas être engagée en raison de l'agression sexuelle d'une élève aveugle, sourde et muette par le coordonnateur d'un programme destiné aux élèves sourds et aveugles. [TRADUCTION] «Nous ne croyons pas qu'il soit possible de considérer qu'une agression sexuelle résulte directement de l'autorisation d'un responsable de l'école de prendre une élève par la main ou le bras pour la guider à travers les obstacles de l'édifice» (p. 562). La conduite de l'employé n'avait «absolument rien à voir avec les services pour lesquels il avait été embauché» (p. 564). (J'ajoute, incidemment, que le pouvoir dans la présente affaire de «toucher» un enfant en l'aidant à descendre d'un appareil de gymnastique ou en jouant une partie de balle ou de hockey, n'est pas plus lié à une agression sexuelle que ne l'était le pouvoir, dans l'affaire *Boykin*, de prendre une enfant aveugle par la main pour la guider à travers les obstacles de l'édifice.) Dans *Lourim c. Swensen*, 936 P.2d 1011 (Or. Ct. App. 1997), à la p. 1015, la Court of Appeals de l'Oregon a examiné un grand nombre des plus récentes décisions en matière d'agression sexuelle commise par un employé et a refusé de conclure, du point de vue juridique, que les Boy Scouts of America pouvaient être tenus responsables des agressions sexuelles commises par un chef scout. Voir également l'affaire *Ciarochi c. Boy Scouts of America, Inc.*, Cour supérieure de l'Alaska, greffe de Ketchikan IKE-89-42 CI, 6 août 1990, dans laquelle le tribunal de première instance a refusé

liability on the Boy Scouts of America for the sexual assaults committed by a scoutmaster.

(b) *The “Employer’s Aims” Cases*

d’imputer la responsabilité du fait d’autrui aux Boy Scouts of America en raison des agressions sexuelles commises par un chef scout.

b) *La jurisprudence relative aux objectifs de l’employeur*

53

It is difficult to think of a situation where sexual assault by an employee would advance the aims of the employer’s enterprise. For this reason, my colleague McLachlin J. considers the employer’s aims to be “of little significance” in the present appeal (at para. 15). It is, of course, true that generally it does not matter if an employee has not been acting in furtherance of the employer’s aims so long as there is a strong connection between the job and the tort, for example, where the employee is acting within the scope of his authority: *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716 (H.L.); *Lockhart v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1941] S.C.R. 278; *W. W. Sales Ltd. v. City of Edmonton*, [1942] S.C.R. 467. However, if, as my colleague argues at para. 16, the respondent’s vicarious liability in this appeal is to be based on a type of “role modelling” inferred from the Club’s mission statement, it is only fair that the context of its aims and objectives also be taken into account. An employer’s aims do constitute part of the architecture of an enterprise, and provide some guidance as to what risks the employer reasonably believed it was introducing into the community, and thus the sort of broad risks it may reasonably have contemplated, and for which it may reasonably be held responsible. Moreover, if one is to approach the case law in a spirit of enquiry, the employers’ aims have traditionally been given prominence in the decided cases.

Il est difficile de songer à une situation où l’agression sexuelle commise par un employé favoriserait la réalisation des objectifs de l’entreprise de l’employeur. Pour cette raison, ma collègue le juge McLachlin estime que les objectifs de l’employeur ont «peu d’importance» dans le présent pourvoi (au par. 15). Il est vrai naturellement qu’en général il est sans importance qu’un employé n’ait pas agi en vue de réaliser les objectifs de son employeur, pourvu qu’il existe un lien solide entre l’emploi et le délit, par exemple, lorsque l’employé agit conformément à ses pouvoirs: *Lloyd c. Grace, Smith & Co.*, [1912] A.C. 716 (H.L.); *Lockhart c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1941] R.C.S. 278; *W. W. Sales Ltd. c. City of Edmonton*, [1942] R.C.S. 467. Toutefois, si, comme ma collègue l’affirme au par. 16, la responsabilité du fait d’autrui de l’intimé en l’espèce doit être fondée sur un genre de présentation de «modèles à imiter» inféré de l’énoncé de mandat du Club, il n’est que juste de tenir compte également du contexte de ses objectifs. Les objectifs de l’employeur font partie de la structure de l’entreprise et sont d’une certaine utilité pour identifier les risques que l’employeur croyait raisonnablement créer dans la collectivité, et ainsi le genre de risques généraux qu’il peut avoir raisonnablement prévus et dont il peut raisonnablement être tenu responsable. De plus, si elle doit être abordée dans un esprit investigateur, la jurisprudence a traditionnellement accordé de l’importance aux objectifs de l’employeur.

54

Much reliance was placed by the respondent on *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.) (leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xi), which involved a claim against the Roman Catholic & Episcopal Church Corporation for sexual assaults committed by one of its priests against the children of parishioners. The trial judge imposed vicarious liability on the Church primarily because he considered that the priest had been

L’intimé s’est fondé considérablement sur l’arrêt *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.) (autorisation de pourvoi refusée, [1997] 2 R.C.S. xi), où il était question d’une action intentée contre la Roman Catholic & Episcopal Church Corporation («l’Église») pour des agressions sexuelles d’enfants de paroissiens commises par l’un de ses prêtres. Le juge de première instance a imputé la responsabilité du fait

placed by the employer in a position of trust and authority. The Nova Scotia Court of Appeal reversed, finding that the test “is not simply that an employee is placed in a position of trust and authority that provides the opportunity to do wrong. Applying that test employers would be liable for all wrongful acts of their employees” (pp. 116-17). The Court of Appeal ruled that the fact the Church had employed Mombourquette as a clergyman and authorized him to act in a privileged position was not sufficient to impose liability, particularly “where he acts criminally and totally contrary to the religious tenets which he has sworn to uphold” (p. 123). The Court of Appeal cited two U.S. cases where liability against religious institutions was denied on similar grounds for sexual assaults by clergymen (at p. 122): *Destefano v. Grabrian*, 763 P.2d 275 (Colo. 1988), and *Tichenor v. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans*, 32 F.3d 953 (5th Cir. 1994). In *Tichenor* the Fifth Circuit court said: “It would be hard to imagine a more difficult argument than that [the priest’s] illicit sexual pursuits were somehow related to his duties as a priest or that they in any way furthered the interests of St. Rita’s, his employer” (p. 960). This is not to say that churches and other high-minded organizations will escape liability simply because of the nature of their teachings, but nevertheless, as stated, the antithetical nature of the crime has generally been thought a relevant factor to be considered in assessing the risks associated with the enterprise which the employer set out to introduce into the community. In *Milla v. Tamayo*, 232 Cal. Rptr. 685 (Ct. App. 1986), the court asserted, at p. 690: “It would defy every notion of logic and fairness to say that sexual activity between a priest and a parishioner is characteristic of the Archbishop of the Roman Catholic Church.” As stated by McLachlin J. in *Children’s Foundation* at para. 39, quoting Professor Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), the Court is properly concerned with “the measure of risks that may fairly be

d’autrui à l’Église principalement parce qu’il considèrerait que l’employeur avait placé le prêtre dans une situation de confiance et de pouvoir. La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a infirmé cette décision, en concluant que le critère [TRADUCTION] «n’est pas simplement le fait qu’un employé soit placé dans une situation de confiance et de pouvoir qui lui fournit l’occasion de commettre une faute. Si ce critère était appliqué, l’employeur serait responsable de tous les actes fautifs de ses employés» (pp. 116 et 117). La Cour d’appel a jugé que le fait que l’Église avait engagé Mombourquette à titre de membre du clergé et l’avait autorisé à agir dans une situation privilégiée n’était pas suffisant pour imputer la responsabilité, notamment [TRADUCTION] «quand il commet un acte criminel et agit tout à fait à l’opposé des préceptes religieux qu’il a juré de faire respecter» (p. 123). La Cour d’appel a cité deux décisions américaines dans lesquelles la responsabilité d’institutions religieuses a été rejetée pour des motifs analogues relativement à des agressions sexuelles commises par des membres du clergé (à la p. 122): *Destefano c. Grabrian*, 763 P.2d 275 (Colo. 1988), et *Tichenor c. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans*, 32 F.3d 953 (5th Cir. 1994). Dans *Tichenor*, la Fifth Circuit Court a affirmé: [TRADUCTION] «Il serait difficile d’imaginer un argument plus difficile que celui selon lequel les visées sexuelles illicites [du prêtre] étaient liées d’une façon quelconque à ses fonctions de prêtre ou qu’elles servaient en quelque sorte les intérêts de St. Rita’s, son employeur» (p. 960). Cela ne revient pas à dire que les églises ou autres organismes aux nobles sentiments échapperont à toute responsabilité simplement en raison de la nature de leurs enseignements, mais néanmoins, comme nous l’avons vu, la nature antithétique du crime a généralement été considérée comme un facteur pertinent dont il faut tenir compte dans l’évaluation des risques liés à l’entreprise que l’employeur a voulu établir dans la collectivité. Dans *Milla c. Tamayo*, 232 Cal. Rptr. 685 (Ct. App. 1986), la cour a affirmé, à la p. 690: [TRADUCTION] «Affirmer que l’activité sexuelle entre un prêtre et un paroissien est typique à l’archevêque de l’Église catholique romaine défierait toute notion de logique et d’équité.» Comme le juge McLachlin l’a

regarded as typical of the enterprise in question” (emphasis added).

55

Courts in many of the United States apply variants of the *Salmond* test for vicarious liability (much discussed in *Children’s Foundation*, particularly in the British Columbia Court of Appeal) and in that context have placed considerable emphasis on the antithesis between the employer’s aims and the employee’s personal agenda: see *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21st ed. 1996), at p. 443, which provides as follows:

A master is not responsible for a wrongful act done by his servant unless it is done in the course of his employment. It is deemed to be so done if it is either (1) a wrongful act authorised by the master, or (2) a wrongful and unauthorised mode of doing some act authorised by the master. . . . [A master] is liable even for acts which he has not authorised, provided they are so connected with acts which he has authorised that they may rightly be regarded as modes – although improper modes – of doing them. [Emphasis added.]

The *Salmond* test was endorsed by the Privy Council in *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591, and by this Court in *W. W. Sales Ltd.*, *supra*. The *Salmond* approach is reflected in much of the U.S. jurisprudence, and this common legal foundation makes the U.S. decisions particularly interesting.

56

In *Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. v. Terrell*, 359 S.E.2d 241 (Ga. Ct. App. 1987), it was held that the organization could not be vicariously liable for sexual assaults committed by an accused volunteer: “While Hendricks may have been advancing Big Brother’s interest by spending time with Sheridan, he clearly abandoned Big Brother’s interest and pursued only his own when he sodomized the child” (p. 243). For other illustrations of the U.S. “independent purpose” doctrine, see e.g. *Rabon v. Guardsmark, Inc.*, 571 F.2d

affirmé dans *Children’s Foundation*, au par. 39, en citant le professeur Fleming, *The Law of Torts* (9<sup>e</sup> éd. 1998), la Cour s’intéresse à bon droit aux [TRADUCTION] «risques qui peuvent être considérés à juste titre comme typiques à l’entreprise en cause» (je souligne).

Les tribunaux de nombreux États américains appliquent des variantes du critère *Salmond* relatif à la responsabilité du fait d’autrui (il en a beaucoup été question dans *Children’s Foundation*, particulièrement devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique) et insistent beaucoup, dans ce contexte, sur l’antithèse entre les objectifs de l’employeur et les projets personnels de l’employé: voir *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21<sup>e</sup> éd. 1996), à la p. 443:

[TRADUCTION] L’employeur n’est responsable de l’acte fautif de son employé que si ce dernier l’a accompli dans l’exercice de ses fonctions. Il est réputé en être ainsi dans le cas (1) d’un acte fautif autorisé par l’employeur, ou (2) d’une façon fautive et non autorisée d’accomplir un acte autorisé par l’employeur [...] [L’employeur] est responsable même des actes qu’il n’a pas autorisés, pourvu qu’ils soient si étroitement liés aux actes qu’il a autorisés qu’ils peuvent être considérés à juste titre comme des façons, quoiqu’incorrectes, de les accomplir. [Je souligne.]

Le critère *Salmond* a été adopté par le Conseil privé dans *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591, et par notre Cour dans *W. W. Sales Ltd.*, précité. La méthode *Salmond* se reflète dans une grande partie de la jurisprudence américaine, et ce fondement juridique commun rend cette jurisprudence particulièrement intéressante.

Dans *Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. c. Terrell*, 359 S.E.2d 241 (Ga. Ct. App. 1987), il a été décidé que la responsabilité du fait d’autrui de l’organisme ne pouvait pas être engagée en raison des agressions sexuelles commises par le bénévole accusé: [TRADUCTION] «Bien que Hendricks puisse avoir servi les intérêts de Big Brother en passant du temps avec Sheridan, il a manifestement délaissé les intérêts de Big Brother et agi dans son propre intérêt quand il a sodomisé l’enfant» (p. 243). Pour d’autres exemples de la théorie

1277 (4th Cir. 1978), where the plaintiff, who was the last person to leave the building she worked in at night, was assaulted by the security guard on duty. On appeal, the justices held: "The assault was to effect [the security guard's] independent purpose, and it was not within the scope of his employment. The mere fact that the tort was committed at a time that [the guard] should have been about Guardsmark's business and that it occurred at the place where [the guard] was directed to perform Guardsmark's business does not alter these conclusions" (p. 1279). See also: *Webb by Harris v. Jewel Companies, Inc.*, 485 N.E.2d 409 (Ill. App. Ct. 1985) (vicarious liability denied where a security guard who had the power both to detain and to search suspected shoplifters detained and assaulted victim who was taken to an enclosed office for the purpose of searching her); *Doe v. Village of St. Joseph, Inc.*, 415 S.E.2d 56 (Ga. Ct. App. 1992), (vicarious liability denied where a recreational supervisor at a boarding school was alleged to have engaged in a "consensual" sexual relationship with a 13-year-old student); and *Noto v. St. Vincent's Hospital and Medical Center of New York*, 537 N.Y.S.2d 446 (Sup. Ct. 1988) (hospital not vicariously liable for employing a psychiatrist who engaged in an "affair" with a patient who sought treatment for depression and drug and alcohol dependency).

Regard should be had in this connection to the decision of the English Court of Appeal in *S.T. v. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98 (whose reasoning is criticized in *Children's Foundation*, at para. 23, for undue emphasis on semantics). In that case, on a school trip to Spain, S.T., who suffered from epilepsy and a mental handicap, shared a room with the deputy headmaster employed by the Council. S.T. required nocturnal supervision in case seizures occurred. During the night, the deputy headmaster sexually assaulted S.T. The trial judge, applying the second branch of the *Salmond* test, concluded that "the acts of the

américaine de «l'objectif indépendant», voir, par exemple *Rabon c. Guardsmark, Inc.*, 571 F.2d 1277 (4th Cir. 1978), où la demanderesse, qui était la dernière personne à quitter l'édifice dans lequel elle travaillait le soir, avait été agressée par l'agent de sécurité qui était de service. En appel, les juges ont conclu: [TRADUCTION] «L'agression avait pour but de réaliser l'objectif indépendant [de l'agent de sécurité] et n'entraînait pas dans l'exercice de ses fonctions. Le seul fait que le délit a été commis à un moment où [l'agent] aurait dû vaquer aux affaires de Guardsmark et qu'il est survenu là où [l'agent] devait accomplir les tâches de Guardsmark ne change rien à ces conclusions» (p. 1279). Voir également *Webb by Harris c. Jewel Companies, Inc.*, 485 N.E.2d 409 (Ill. App. Ct. 1985) (responsabilité du fait d'autrui refusée dans une affaire où un agent de sécurité habilité à détenir et à fouiller des gens soupçonnés de vol à l'étalage avait détenu et agressé la victime qu'il avait amenée dans un bureau fermé dans le but de la fouiller), *Doe c. Village of St. Joseph, Inc.*, 415 S.E.2d 56 (Ga. Ct. App. 1992), (responsabilité du fait d'autrui refusée dans une affaire où il était allégué qu'un surveillant d'activités récréatives dans un pensionnat avait eu des relations sexuelles «consensuelles» avec une élève de 13 ans), et *Noto c. St. Vincent's Hospital and Medical Center of New York*, 537 N.Y.S.2d 446 (Sup. Ct. 1988) (la responsabilité du fait d'autrui de l'hôpital n'était pas engagée en raison de l'embauche d'un psychiatre qui a eu une aventure avec une patiente qui se faisait traiter pour une dépression et pour une dépendance à la drogue et à l'alcool).

Il y a lieu, à cet égard, de tenir compte de l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *S.T. c. North Yorkshire County Council*, [1999] I.R.L.R. 98 (dont le raisonnement est critiqué dans *Children's Foundation*, au par. 23, pour avoir trop mis l'accent sur la sémantique). Dans cette affaire, au cours d'une sortie scolaire en Espagne, S.T., qui souffrait d'épilepsie et de déficience intellectuelle, partageait une chambre avec le directeur d'école adjoint employé par le conseil. S.T. avait besoin de surveillance nocturne au cas où il serait pris d'une crise d'épilepsie. Pendant la nuit, le directeur d'école adjoint a agressé sexuellement S.T.

deputy head were so connected with his authorised responsibilities that they can be regarded as modes, albeit improper modes, of performing his authorised duties” (para. 5). The Court of Appeal reversed. None of the members of the court were prepared to impose vicarious liability on the Council. Butler-Sloss L.J. found the deputy headmaster’s conduct “a negation of the duty of the council to look after children for whom it was responsible” (para. 18). As McLachlin J. points out in *Children’s Foundation*, the reasoning in *S.T.* presents difficulties.

(c) *Cases of Risks Inherent and Foreseeable in the Nature of the Employer’s Enterprise*

Appliquant le deuxième volet du critère *Salmond*, le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «les actes du directeur adjoint étaient si étroitement liés à ses responsabilités autorisées qu’ils pouvaient être considérés comme des façons, quoiqu’incorrectes, d’accomplir ses tâches autorisées» (par. 5). La Cour d’appel a infirmé cette décision. Aucun des membres de la cour n’était disposé à imputer la responsabilité du fait d’autrui au conseil. Le lord juge Butler-Sloss a conclu que la conduite du directeur d’école adjoint était [TRADUCTION] «une négation du devoir du conseil de veiller sur des enfants dont il était responsable» (par. 18). Comme le juge McLachlin le souligne dans *Children’s Foundation*, le raisonnement de l’arrêt *S.T.* pose des difficultés.

c) *La jurisprudence relative aux risques inhérents et prévisibles compte tenu de la nature de l’entreprise de l’employeur*

58

It may be thought that in many of the cases mentioned above, the employer’s enterprise had created a “risk” that went beyond the mere creation of an initial opportunity for the assailant to encounter his victims, yet vicarious liability was denied. In terms of the *Children’s Foundation* analysis, the courts were not persuaded that the connection between the job-creating enterprise and the sexual assault was sufficiently close or “strong” to impose no-fault liability on the employer. The result has been otherwise, and the employer held vicariously liable, in cases where the “strong connection” was enhanced by a combination of job-created power and job-created intimacy. Power and intimacy, of course, are hallmarks of a parenting relationship. It was the job-created parent-like relationship that attracted vicarious liability in *Children’s Foundation*. It is the same potent combination that explains numerous other decisions in this country and in the United States. In *A. (C.) v. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475, the British Columbia Court of Appeal upheld a trial decision finding the Crown liable vicariously as a result of sexual assaults committed by Critchley, the operator of a wilderness group home, on male youths at the facility. Some question arose as to whether Critchley could be considered an employee or an independent contractor, but the court found that it

On peut penser que, dans bien des affaires susmentionnées, l’entreprise de l’employeur avait engendré un «risque» qui allait au-delà la simple création d’une première occasion pour l’agresseur de rencontrer ses victimes, et pourtant la responsabilité du fait d’autrui a été refusée. En ce qui concerne l’analyse de *Children’s Foundation*, les tribunaux n’étaient pas convaincus que le lien entre l’entreprise créatrice de l’emploi et l’agression sexuelle était suffisamment étroit ou «solide» pour pouvoir imputer la responsabilité sans faute à l’employeur. Le résultat a été différent, et l’employeur a été tenu responsable du fait d’autrui, dans des affaires où le «lien solide» était accentué par une combinaison de pouvoir et d’intimité créés par l’emploi. Le pouvoir et l’intimité sont évidemment la marque d’une relation parentale. C’est la relation tenant du rôle parental créée par l’emploi qui a donné lieu à la responsabilité du fait d’autrui dans *Children’s Foundation*. C’est cette même combinaison puissante qui explique beaucoup d’autres décisions dans notre pays et aux États-Unis. Dans *A. (C.) c. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé une décision de première instance qui tenait l’État responsable du fait d’autrui en raison des agressions sexuelles commises par Critchley, l’exploitant d’un foyer collectif de

is the true nature of the relationship, not the traditional classification, that is determinative. The court found the Crown vicariously liable because the Crown conferred “virtual 24-hour-a-day parental authority over the residents” (p. 506) and viewed Critchley as having essentially a “surrogate parent” relationship with the victims (p. 506).

In *D.C.B. v. Boulianne*, [1996] B.C.J. No. 2183 (QL) (S.C.), Clancy J. held that the Nanaimo Indian Band was not vicariously liable for a sexual assault by Boulianne, a drug counsellor in its employ, on a woman he was counselling. The case shows a similar pattern of predatory ingratiating to the present one. Clancy J. concluded, at para. 56:

Mr. Boulianne could be said to have cultivated the affections of Ms. B in the same time frame within which he provided counselling services. That seems to me to be a tenuous basis on which to found liability. What is lacking is a connection between the counselling and the growing affection between the parties. The evidence does not support the suggestion that there was a deliberate cultivation of Ms. B. It seems more likely that in the course of meeting her Mr. Boulianne became attracted and acted upon that attraction. The same result could have occurred in any relationship which put the parties in each other's company.

In *B. (K.L.) v. British Columbia* (1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1 (S.C.), Dillon J. found that the Crown was vicariously liable for the damage caused by the wrongful behaviour of foster parents towards children in their care. Although the foster parents were not alleged to have sexually assaulted the young children, it was contended that the foster parents had abused and neglected the children. Dillon J. found that, in addition to direct liability for breach of fiduciary duty and negligence, the Crown was vicariously liable for the actions of the

pleine nature, sur des jeunes hommes qui avaient été placés dans ce foyer. Certaines questions se sont posées quant à savoir si Critchley pouvait être considéré comme un employé ou comme un entrepreneur indépendant, mais la cour a conclu que c'est la nature véritable de la relation qui est déterminante et non pas la classification traditionnelle. La cour a tenu l'État responsable du fait d'autrui parce qu'il avait conféré [TRADUCTION] «une autorité parentale de presque 24 heures par jour sur les résidents» (p. 506), et a considéré que Critchley avait essentiellement une relation de «parent de substitution» avec les victimes (p. 506).

Dans *D.C.B. c. Boulianne*, [1996] B.C.J. No. 2183 (QL) (C.S.), le juge Clancy a conclu que la responsabilité du fait d'autrui de la bande indienne de Nanaimo n'était pas engagée en raison de l'agression sexuelle commise par Boulianne, un conseiller en toxicomanie qui travaillait pour elle, sur une femme qu'il conseillait. Dans cette affaire, le procédé est semblable à celui utilisé en l'espèce: c'est celui d'un prédateur qui cherche à gagner la confiance de quelqu'un. Le juge Clancy a conclu, au par. 56:

[TRADUCTION] On pourrait dire que M. Boulianne a cultivé l'affection de M<sup>me</sup> B en même temps qu'il lui procurait des services de consultation. Cela me semble être un faible motif de conclure à la responsabilité. Il manque un lien entre la consultation et l'affection grandissante entre les parties. La preuve n'étaye pas l'idée que l'affection de M<sup>me</sup> B a été cultivée délibérément. Il semble plus probable que, dans le cadre des rencontres avec cette dernière, M. Boulianne a été attiré par elle et a agi conformément à cette attirance. Le même résultat aurait été possible dans n'importe quelle relation qui aurait placé les parties en compagnie l'une de l'autre.

Dans *B. (K.L.) c. British Columbia* (1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1 (C.S.), le juge Dillon a décidé que la responsabilité du fait d'autrui de l'État était engagée en raison du préjudice causé par le comportement fautif des parents d'une famille d'accueil envers des enfants confiés à leurs soins. Malgré l'absence d'allégation que les parents de la famille d'accueil avaient agressé sexuellement les jeunes enfants, on prétendait qu'ils les avaient maltraités et négligés. Le juge Dillon a conclu que, outre sa responsabilité directe pour manquement à

foster parents within the Crown's control because of the job-related conferral of parental authority (see p. 41).

une obligation fiduciaire et pour négligence, la responsabilité du fait d'autrui de l'État était engagée en raison des actes accomplis par les parents de la famille d'accueil dont il était responsable à cause de l'attribution d'autorité parentale reliée à l'emploi (voir p. 41).

61 In *B. (W.R.) v. Plint* (1998), 161 D.L.R. (4th) 538 (B.C.S.C.), the plaintiffs claimed against the United Church of Canada and the federal government as a result of sexual assaults committed against them at the Alberni Indian Residential School by a dormitory supervisor. Brenner J. found that Plint, as dormitory supervisor, had the authority of a parent conferred upon him as he "in all respects functioned as their parent" (p. 545). Both the Church and the federal government were held to be vicariously liable.

Dans *B. (W.R.) c. Plint* (1998), 161 D.L.R. (4th) 538 (C.S.C.-B.), les demandeurs poursuivaient l'Église unie du Canada et le gouvernement fédéral pour les agressions sexuelles dont ils avaient été victimes de la part d'un surveillant de dortoir de l'Alberni Indian Residential School. Le juge Brenner a décidé que Plint, en sa qualité de surveillant de dortoir, exerçait une autorité parentale du fait qu'il [TRADUCTION] «agissait à tous les égards comme leur parent» (p. 545). L'Église et le gouvernement fédéral ont tous les deux été tenus responsables du fait d'autrui.

62 In *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (S.C.), Quijano J. held the Catholic Church to be both negligent and vicariously liable for sexual assaults committed by a priest, based on his view that the appropriate test was "whether Paul Pornbacher was to be involved in the care or nurturing of children in the course of his employment" (p. 380).

Dans *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (C.S.), le juge Quijano a conclu que l'Église catholique avait fait preuve de négligence et était responsable du fait d'autrui en raison des agressions sexuelles commises par un prêtre, parce qu'il était d'avis que le critère approprié était [TRADUCTION] «de savoir si Paul Pornbacher devait prendre part à la garde ou à l'éducation d'enfants dans l'exercice de ses fonctions» (p. 380).

63 The U.S. cases exhibit a similar judicial consensus that the combination of power plus intimacy creates a strong connection between the enterprise and the sexual assault. In *Doe v. Samaritan Counseling Center*, 791 P.2d 344 (Alaska 1990), a counsellor at the Center engaged in sexual activity with the plaintiff, which arose out of the counsellor's handling of the "transference phenomenon", described as a "parent-dependent relationship" (p. 345). The sexual activity was characterized as incidental to the therapy, and the employer was held vicariously liable. This result is consistent with the *Children's Foundation* analysis that employers who place employees in a parental-type

La jurisprudence américaine témoigne d'un consensus judiciaire semblable selon lequel la combinaison de pouvoir et d'intimité crée un lien solide entre l'entreprise et l'agression sexuelle. Dans *Doe c. Samaritan Counseling Center*, 791 P.2d 344 (Alaska 1990), un conseiller du centre s'était livré à des activités sexuelles avec la demanderesse, qui résultaient de la façon dont il avait traité le [TRADUCTION] «phénomène du transfert», décrit comme une «relation de dépendance de type parental» (p. 345). Ces activités sexuelles ont été considérées comme ayant été occasionnées par la thérapie, et l'employeur a été tenu responsable du fait d'autrui. Ce résultat est compatible avec l'analyse de *Children's Foundation*, selon laquelle la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur qui place un employé dans une relation de type parental est plus susceptible d'être engagée en

relationship will be more likely to be held vicariously liable for the employee's sexual assaults.

I would not want to be taken as suggesting that creation of a parent-type relationship constitutes a precondition to vicarious liability in child abuse cases. However, not only do the "parental" cases have a particular relevance to the facts of this appeal, they show how high the courts have set the bar before imposing no-fault liability. I think Huddart J.A. was correct in this case in the B.C. Court of Appeal to emphasize job-created power as the most relevant source of "connectedness" (p. 7) to the present appeal. Of course, other power relationships have also been held to supply the necessary "strong connection" in different fact situations. In the United States, the cases suggest that job-created authority is sufficient, for example, if it could be expected to intimidate a reasonable individual in the shoes of the victim. Thus the Supreme Court of California dealt with police power in *Mary M. v. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991). The majority of that court, sitting *en banc*, found the City of Los Angeles to be liable for the rape of a motorist by a police officer. The majority concluded, in terms of the *Salmond* test, that the rape had occurred in "the course of employment". A police officer, in uniform, found a motorist impaired while driving, and instead of taking her to the police station, he took her to her house and raped her. He was convicted and sent to prison. The issue was whether his employer should be held vicariously liable to provide financial compensation. The majority of the court found that in view of the significant power and authority granted to the officer by the City, which included the power to detain persons at gunpoint, place them in handcuffs, remove them from their residences, frisk them, and even use deadly force, "it is neither startling nor unexpected that on occasion an officer will misuse that authority by engaging in assaultive conduct" (p. 1350). In other words, the manifest power inherent in the job-created role of police officer made the employer liable for its abuse. By contrast, the job-created power of a high school teacher over his pupil was considered by the same court to be insufficient to impose vicarious liability in *John R. v. Oakland Unified School*

raison des agressions sexuelles commises par cet employé.

Je ne voudrais pas que l'on interprète mes propos comme laissant entendre que la création d'une relation de type parental est une condition préalable de la responsabilité du fait d'autrui dans les cas de mauvais traitements infligés à des enfants. Cependant, non seulement les affaires «parentales» sont pertinentes relativement aux faits du présent pourvoi, mais encore elles montrent à quelle hauteur les tribunaux ont fixé la barre pour que la responsabilité sans faute puisse être imputée. Je crois que le juge Huddart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu raison, en l'espèce, de souligner que le pouvoir créé par l'emploi est la source la plus pertinente de «connexité» (p. 7) avec le présent pourvoi. Il va sans dire que d'autres rapports de force ont aussi été considérés comme fournissant le «lien solide» nécessaire dans des situations factuelles différentes. Aux États-Unis, la jurisprudence porte à croire que le pouvoir créé par l'emploi suffit, par exemple, si l'on pouvait s'attendre qu'il intimide une personne raisonnable dans la situation de la victime. Ainsi, la Cour suprême de la Californie a traité du pouvoir de la police dans *Mary M. c. City of Los Angeles*, 814 P.2d 1341 (1991). Cette cour, siégeant en formation plénière, a tenu à la majorité la ville de Los Angeles responsable du viol d'une automobiliste par un policier. Les juges majoritaires ont conclu, pour reprendre les termes du critère *Salmond* que le viol avait été commis dans «l'exercice des fonctions». Un policier en uniforme avait découvert une conductrice dont les facultés étaient affaiblies, et au lieu de l'amener au poste de police, il l'avait amenée chez elle où il l'avait violée. Il a été déclaré coupable et emprisonné. La question était de savoir si son employeur devait être tenu de verser une indemnité pécuniaire en vertu de la responsabilité du fait d'autrui. La cour a décidé à la majorité qu'en raison du pouvoir important dont le policier était investi par la ville, lequel pouvoir comportait celui de détenir des personnes sous la menace d'un pistolet, de les menotter, de les faire sortir de leur résidence, de les fouiller sommairement, et même d'avoir recours à une force meurtrière, [TRADUCTION] «il n'est ni surprenant ni

*District*, 769 P.2d 948 (Cal. 1989), discussed below.

inattendu qu'un policier abuse parfois de ce pouvoir en adoptant un comportement violent» (p. 1350). Autrement dit, le pouvoir manifeste, inhérent au rôle de policier créé par l'emploi, rendait l'employeur responsable de l'abus qui en avait été fait. Par contre, dans l'affaire *John R. c. Oakland Unified School District*, 769 P.2d 948 (Cal. 1989), analysée plus loin, le même tribunal a jugé que le pouvoir, créé par l'emploi, qu'un professeur d'école secondaire exerçait sur son élève était insuffisant pour imputer la responsabilité du fait d'autrui.

#### Conclusion on the Stage 1 Analysis of the Case Law

#### Conclusion sur la première étape consistant à analyser la jurisprudence

65 It is as important on this subject as elsewhere to look at what courts do, and not merely at what they say. Courts and commentators have acknowledged that the modern articulation of rules governing vicarious liability is largely an attempt to rationalize or explain the existing case law. As noted by La Forest J. in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at p. 336, this articulation is "an attempt by the law to give some formal, technical explanation of why the law imposes vicarious liability". Adoption by this Court of the "enterprise risk" theory in *Children's Foundation* was an effort to explain the existing case law, not to provide a basis for its rejection.

Il est important aussi bien à ce sujet qu'à d'autres égards d'examiner ce que les tribunaux font, et non seulement ce qu'ils disent. Des tribunaux et des commentateurs ont reconnu que la formulation moderne des règles qui régissent la responsabilité du fait d'autrui est en grande partie une tentative de rationaliser ou d'expliquer la jurisprudence existante. Comme l'a souligné le juge La Forest, dans *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, à la p. 336, cette formulation est «une tentative, en droit, d'expliquer d'une façon formelle et technique pourquoi la responsabilité du fait d'autrui existe en droit». L'adoption par notre Cour de la théorie du «risque d'entreprise» dans *Children's Foundation* était une tentative d'expliquer la jurisprudence existante, et non de donner un motif de la rejeter.

66 Unless we seek to overrule rather than explain the existing law, I conclude as a result of the first step of the *Children's Foundation* analysis that the existing case law does not support the imposition of vicarious no-fault liability on the respondent in this appeal.

À moins que nous cherchions à écarter le droit existant au lieu de l'expliquer, je conclus, à la suite de la première étape de l'analyse de *Children's Foundation*, que la jurisprudence existante ne favorise pas l'imputation à l'intimé de la responsabilité sans faute du fait d'autrui dans le présent pourvoi.

#### Stage 2: Consideration of Policy

#### Deuxième étape: les considérations de politique générale

67 The "enterprise risk" rationale holds the employer vicariously responsible because, however innocently, it introduced the seeds of the

Selon le raisonnement du «risque d'entreprise», l'employeur est responsable du fait d'autrui parce que, quoiqu'innocemment, il est à l'origine d'un

potential problem into the community, or aggravated the risks that were already there, but only if its enterprise *materially* increased the risk of the harm that happened. Once materiality is established under the “strong connection” test, the imposition of no-fault liability is justified under the second phase of the analysis, as set out in *Children’s Foundation* (para. 41) by policy considerations, including in particular:

- (a) Compensation; and
- (b) Deterrence.

These policy considerations have to be balanced with a measure of fairness to the employer and adherence to legal principle because standing on their own these particular policies will generally favour vicarious liability, i.e., a solvent employer will almost always be in a better position to provide effective compensation to an assault victim than the assailant, and the higher the likelihood of financial liability on the employer, generally speaking, the more potent the deterrent. These pro-liability policies have therefore been restrained historically by a recognition that competing social objectives also have to be weighed in the balance. Professor Fleming, for example, explains that initially the common law held employers generally liable for all of the torts of their employees, a position that was abandoned in response to the forces of economic change and the explosion of commerce that followed the industrial revolution (Fleming, *supra*, at p. 409).

The Court made it clear in *Children’s Foundation* (at paras. 47 *et seq.*) that there is no exemption from the ordinary rules of vicarious liability for non-profit organizations. Immunity from direct or vicarious liability is a matter for legislative consideration (see generally R. Flannigan, “The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments” (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 73, at p. 90). It is nevertheless relevant to point out to those who contend for an expansion of no-fault liability based on policies of compensation

problème potentiel dans la collectivité, ou a accru les risques qui y existaient déjà, mais seulement si son entreprise a *sensiblement* accru le risque du préjudice qui a été causé. Une fois qu’il est établi qu’il y a eu accroissement sensible du risque selon le critère du «lien solide», l’imputation de la responsabilité sans faute est justifiée, en vertu de la deuxième étape de l’analyse énoncée dans *Children’s Foundation* (par. 41), par des considérations de politique générale, comprenant notamment:

- a) l’indemnisation, et
- b) la dissuasion.

Ces considérations de politique générale doivent être pondérées par une certaine mesure d’équité pour l’employeur et d’adhésion aux principes juridiques parce que, à elles seules, ces politiques particulières favorisent généralement l’imputation de la responsabilité du fait d’autrui, c.-à.-d., un employeur solvable sera presque toujours plus en mesure que l’agresseur de verser une indemnité efficace à une victime d’agression, et, en général, plus la probabilité de responsabilité financière de l’employeur est élevée, plus la dissuasion est puissante. L’application de ces politiques en faveur de la responsabilité a donc, par le passé, été restreinte par la reconnaissance qu’il faut également tenir compte des objectifs sociaux opposés. Le professeur Fleming explique, par exemple, qu’au début la common law tenait l’employeur généralement responsable de tous les délits de son employé, un point de vue qui a été abandonné en raison des forces de changement économique et de l’explosion du commerce qui a suivi la révolution industrielle (Fleming, *op. cit.*, à la p. 409).

Notre Cour a clairement dit dans *Children’s Foundation* (aux par. 47 et suiv.) que les organismes sans but lucratif ne sont pas exemptés de l’application des règles ordinaires de la responsabilité du fait d’autrui. L’exonération de responsabilité directe ou du fait d’autrui est une question qu’il appartient au législateur d’examiner (voir, de manière générale, R. Flannigan, «The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments» (1998), 77 *R. du B. can.* 73, à la p. 90). Il est cependant utile de sou-

and deterrence that imposition of no-fault liability does not necessarily achieve a comparable result when applied to non-profit organizations as it does when applied to commercial organizations. If the objectives of effective compensation and deterrence are not advanced to the same extent or in the same way, these differences in function or performance undercut the argument for expansion and may indeed call for a measure of judicial restraint.

(a) *Compensation*

69 As stated by McLachlin J. in *Children's Foundation* (at para. 30), the law seeks "to provide a just and practical remedy to people who suffer as a consequence of wrongs perpetrated by an employee". Vicarious liability is thus seen as a no-fault mechanism for spreading the loss over the customer base of the employer on the theory that "a person who employs others to advance his own economic interest should in fairness be placed under a corresponding liability for losses incurred in the course of the enterprise" (*per* McLachlin J., at para. 30, quoting Fleming, *supra*, at p. 410). In *London Drugs*, *supra*, La Forest J. observed that "[v]icarious liability has the broader function of transferring to the enterprise itself the risks created by the activity performed by its agents" (p. 339).

70 Some commentators have less elegantly characterized this aspect of public policy as primarily a search for deep pockets (*Critchley, supra, per* McEachern C.J.B.C., at p. 506; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, at pp. 315-16; P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at p. 22; T. Baty, *Vicarious Liability* (1916), at p. 154). As Professor Fridman states (at pp. 315-16):

ligner, à ceux qui préconisent un élargissement de la responsabilité sans faute basée sur des politiques d'indemnisation et de dissuasion, que l'imputation de responsabilité sans faute ne permet pas nécessairement d'atteindre un résultat comparable selon qu'il s'agit d'organismes sans but lucratif ou d'organismes commerciaux. Si la réalisation des objectifs d'indemnisation et de dissuasion efficaces n'est pas favorisée dans la même mesure ni de la même façon, ces différences de rôle ou de rendement mineront l'argument en faveur de l'élargissement et pourront, en fait, commander une certaine retenue judiciaire.

a) *L'indemnisation*

Comme l'a affirmé le juge McLachlin dans *Children's Foundation* (au par. 30), le droit cherche à «fournir un recours juste et pratique aux gens qui subissent les conséquences des fautes d'un employé». La responsabilité du fait d'autrui est donc perçue comme un moyen non fondé sur la faute de répartir la perte entre les clients de l'employeur, en fonction de la théorie selon laquelle [TRADUCTION] «la personne qui emploie d'autres personnes pour promouvoir ses propres intérêts financiers devrait, en toute équité, se voir imputer une responsabilité correspondante pour les pertes causées dans le cadre de l'exploitation de son entreprise» (le juge McLachlin, au par. 30, citant Fleming, *op. cit.*, à la p. 410). Dans *London Drugs*, précité, le juge La Forest a fait observer que «[l]a responsabilité du fait d'autrui a pour fonction plus générale de transférer à l'entreprise elle-même les risques créés par l'activité à laquelle se livrent ses mandataires» (p. 339).

Certains commentateurs ont qualifié, de façon moins élégante, cet aspect de politique générale comme étant avant tout une recherche de bourses bien garnies (*Critchley, précité, le juge en chef* McEachern, à la p. 506; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1990), vol. 2, aux pp. 315 et 316; P. S. Atiyah, *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), à la p. 22; T. Baty, *Vicarious Liability* (1916), à la p. 154). Comme le professeur Fridman l'affirme (aux pp. 315 et 316):

In truth, however, as some judges have recognised and accepted, the reason why vicarious liability has been incorporated into the law of torts, when, generally speaking, it has not been accepted in the criminal law, is because the purpose of the law of tort, in contrast with that of the criminal law, is compensation, not punishment; therefore, it is desirable that the plaintiff should be able to make liable someone who is financially capable of satisfying a money judgment awarded the plaintiff in respect of his injuries or loss.

The same point is made in different words by Professor Atiyah (at p. 22): “Accordingly if the victims of torts are to be compensated for their losses this must, in general, be done by finding someone other than the actual tortfeasor on whom liability is to be imposed.”

The “strong connection” test limits the ability of a court to reach into an employer’s deep pocket simply because it is there. In the case of a non-profit corporation such as the respondent, however, there is the further reality that the employer does not operate in a market environment and has little or no ability to absorb the cost of such no-fault liability by raising prices to consumers in the usual way to spread the true cost of “doing business”. It has no efficient mechanism to “internalize” the cost. This is not to say that such employers should escape vicarious liability on that account. Nor is it to suggest that ability to pay is a necessary precondition to the imposition of such liability. It is simply to suggest that the Court would be hard pressed to enlarge no-fault liability in this appeal based on a particular policy justification that has little or no application to the broad category of non-profit “enterprise” that we have here under consideration.

#### (b) *Deterrence*

Deterrence is another key policy reason supporting vicarious liability, yet it too has to be assessed with some sensitivity to context, including the

[TRADUCTION] En vérité, cependant, comme certains juges l’ont reconnu et accepté, la raison pour laquelle la responsabilité du fait d’autrui a été insérée dans le droit de la responsabilité délictuelle, alors qu’en général elle n’a pas été acceptée en droit criminel, est que le droit de la responsabilité délictuelle, contrairement au droit criminel, a pour objet d’indemniser et non pas de punir; par conséquent, il est souhaitable que le demandeur puisse tenir responsable quelqu’un qui est financièrement capable de payer le montant accordé dans un jugement rendu en sa faveur relativement aux blessures ou à la perte qu’il a subies.

Le professeur Atiyah fait la même remarque, mais en des termes différents (à la p. 22): [TRADUCTION] «En conséquence, si la victime d’un délit doit être indemnisée de la perte qu’elle a subie, cela doit, en général, se faire en imputant la responsabilité à quelqu’un d’autre que l’auteur véritable du délit.»

Le critère du «lien solide» limite la capacité d’un tribunal de mettre la main sur la bourse bien garnie d’un employeur simplement parce que c’est là qu’elle se trouve. Toutefois, dans le cas d’une société sans but lucratif comme l’intimé, il y a également le fait que l’employeur n’œuvre pas dans un environnement de marché et qu’il est peu ou n’est pas du tout en mesure d’éponger le coût d’une telle responsabilité sans faute en augmentant les prix aux consommateurs de la façon habituelle pour répartir le coût réel de l’exploitation de son entreprise. Une telle société n’a aucun moyen efficace d’assumer ce coût. Cela ne revient pas à dire que de tels employeurs devraient échapper à la responsabilité du fait d’autrui pour ce motif, ni à laisser entendre que la capacité de payer est une condition préalable nécessaire de l’imputation d’une telle responsabilité. Cela signifie simplement que notre Cour aurait beaucoup de mal, en l’espèce, à élargir la responsabilité sans faute pour une raison de principe particulière qui s’applique peu ou ne s’applique pas du tout à la vaste catégorie d’«entreprises» sans but lucratif qui fait ici l’objet de notre examen.

#### b) *La dissuasion*

La dissuasion est une autre raison de politique principale qui justifie la responsabilité du fait d’autrui, quoiqu’elle doive également être évaluée

nature of the conduct sought to be deterred, the nature of the liability sought to be imposed, and the type of enterprise sought to be rendered liable.

jusqu'à un certain point en fonction du contexte, dont la nature de la conduite que l'on cherche à dissuader d'adopter, la nature de la responsabilité que l'on cherche à imputer, et le type d'entreprise que l'on cherche à tenir responsable.

73

As to the nature of the conduct, an employee who commits a sexual assault is committing a crime. Society has already placed a high deterrence factor on such conduct: the tortfeasor can face up to ten years in jail for sexual assaults (*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 271). There may be little an employer can do in reality to deter such conduct in its employees if the possibility of ten years in jail is not sufficient. Jahnke J. made this point in *Ciarochi*, *supra*, at p. 22:

En ce qui concerne la nature de la conduite, l'employé qui commet une agression sexuelle commet un crime. La société a déjà prévu un bon moyen de dissuader d'adopter une telle conduite: l'auteur d'une agression sexuelle est passible d'un emprisonnement maximal de dix ans (*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271). Il se peut qu'en réalité un employeur ne soit pas très en mesure de dissuader ses employés d'adopter une telle conduite si la possibilité de dix ans d'emprisonnement n'est pas suffisante. Le juge Jahnke a fait la remarque suivante dans *Ciarochi*, précité, à la p. 22:

It is difficult if not impossible for an enterprise to structure inducements and precautions to deter sexually inappropriate conduct toward children. While a business enterprise and its employees might foresee a physical altercation or a safety violation on the shop floor and negotiate means to deal with it, including inspections, procedures, risk sharing, and personnel actions, the sexual abuse of children by caregivers is rarely foreseen and is always surreptitious. Conventional incentives and disincentives used by enterprises simply do not work to deter compulsive sexual misconduct.

[TRADUCTION] Il est difficile, voire impossible, pour une entreprise de prendre des mesures incitatives et des précautions pour prévenir tout comportement sexuel incorrect envers des enfants. Bien qu'une entreprise commerciale et ses employés puissent prévoir une altercation physique ou un manquement à la sécurité dans une usine et négocier des moyens de s'en occuper, y compris les inspections, les procédures, le partage du risque et les actions personnelles, l'agression sexuelle d'un enfant par une personne qui en prend soin est rarement prévue et est toujours subreptice. Les mesures incitatives et dissuasives conventionnelles auxquelles les entreprises ont recours ne permettent tout simplement pas de prévenir l'inconduite sexuelle compulsive.

74

As to the nature of the liability, an undue emphasis on the deterrence factor may blur the line between vicarious liability and negligence. This was a point made by the Supreme Court of California in *John R.*, *supra*, where the court *en banc* considered a claim of vicarious liability against a school district where a teacher invited a child to his home as part of a school-authorized program, then sexually assaulted him. Job-created activities in the privacy of the teacher's home obviously generated a higher level of "enterprise risk" than did the Club's activities in the present appeal, yet a majority of the Supreme Court of California

Quant à la nature de la responsabilité, le fait de trop insister sur l'élément dissuasif peut brouiller la ligne de démarcation entre la responsabilité du fait d'autrui et la négligence. La Cour suprême de la Californie a fait cette remarque dans *John R.*, précité, où, siégeant en formation plénière, elle a examiné une action en responsabilité du fait d'autrui intentée contre un district scolaire, dans lequel un enseignant avait invité un enfant chez lui dans le cadre d'un programme autorisé par l'école, et l'avait alors agressé sexuellement. Les activités créées par l'emploi qui se déroulaient dans l'intimité du foyer de l'enseignant engendraient manifestement un «risque d'entreprise» plus élevé que les activités du Club dans le présent pourvoi, et

denied vicarious liability, stating, at p. 956, note 10:

Thus, to the extent the extracurricular program involved in this case may have lacked certain prudent safeguards, such as requiring the written permission of a child's parents before the child could participate or requiring the presence of other children or adults if the activities were to occur in a private location away from the school, we think these factors relevant mainly to plaintiffs' claims against the district based on its *own* alleged negligence and not to the *policy* question. . . . [Emphasis in original.]

There is much to be said for developing and refining the paths of potential *direct* liability against employers which introduce child-related enterprises into the community, but that is not the issue before us on this appeal.

As to the nature of the enterprise sought to be held liable, the imposition of no-fault liability in this case would tell non-profit recreational organizations dealing with children that even if they take all of the precautions that could reasonably be expected of them, and despite the lack of any other direct fault for the tort that occurs, they will still be held financially responsible for what, in the negligence sense of foreseeability, are unforeseen and unforeseeable criminal assaults by their employees. It has to be recognized that the *rational* response of such organizations may be to exit the Children's recreational field altogether. This is particularly the case with unincorporated groups, whose key members may find themselves personally responsible as the "employer" for the unforeseen criminal acts of a deviant employee; see Professor Atiyah, *supra*, at pp. 387 *et seq.*, *Bradley Egg Farm, Ltd. v. Clifford*, [1943] 2 All E.R. 378 (C.A.), *per* Goddard L.J., at p. 381, referred to but distinguished by Schroeder J.A. in *Dodd v. Cook*, [1956] O.R. 470 (C.A.), at p. 486; and, in a non-employment context, *Olinski v. Johnson* (1997), 32 O.R. (3d) 653 (C.A.). Children's recreation is not a field that offers monetary profits as an incentive to

pourtant la Cour suprême de la Californie a refusé à la majorité d'imputer la responsabilité du fait d'autrui, en disant, à la p. 956, note 10:

[TRADUCTION] Ainsi, dans la mesure où le programme parascolaire en cause dans la présente affaire peut avoir été marqué par l'absence de certaines précautions, comme le fait d'exiger l'autorisation écrite des parents d'un enfant pour que l'enfant puisse participer, ou d'exiger la présence d'autres enfants ou adultes si les activités doivent se dérouler dans un endroit privé en dehors de l'école, nous croyons que ces facteurs sont pertinents surtout en ce qui a trait aux actions que le demandeur a intentées contre le district pour la négligence dont il aurait *lui-même* fait preuve, et non quant à la question de *politique générale*. . . . [En italique dans l'original.]

Il y a beaucoup à dire sur l'établissement et la clarification des bases de la responsabilité *directe* potentielle des employeurs qui implantent des entreprises liées aux enfants dans la collectivité, mais telle n'est pas la question dont nous sommes saisis dans le présent pourvoi.

En ce qui concerne la nature de l'entreprise que l'on cherche à tenir responsable, l'imputation d'une responsabilité sans faute en l'espèce enseignerait aux organismes de loisirs sans but lucratif qui s'occupent d'enfants que même s'ils prennent toutes les précautions que l'on pourrait raisonnablement s'attendre qu'ils prennent, et malgré l'absence de toute autre faute directe à l'origine du délit qui survient, ils seront quand même tenus financièrement responsables de ce qui, au sens que l'on donne à la prévisibilité en matière de négligence, constitue des agressions criminelles imprévues et imprévisibles commises par leurs employés. Il faut reconnaître que la réaction *rationnelle* de tels organismes pourra consister à abandonner le domaine des activités récréatives destinées aux enfants. Cela vaut particulièrement pour les groupes non constitués en personne morale, dont les membres clés pourront se retrouver personnellement responsables, en qualité d'«employeur», des actes criminels imprévus d'un employé déviant; voir le professeur Atiyah, *op. cit.*, aux pp. 387 *et* suiv., *Bradley Egg Farm, Ltd. c. Clifford*, [1943] 2 All E.R. 378 (C.A.), le lord juge Goddard, à la p. 381, mentionné par le juge

volunteers to soldier on despite the risk of personal financial liability.

76 I agree entirely with McLachlin J. in *Children's Foundation*, para. 54, when she says that “[t]he suggestion that the victim must remain remediless for the greater good smacks of crass and unsubstantiated utilitarianism.” The issue here, however, is whether the “greater good” would be *unnecessarily* sacrificed by a judicial shift in policy that does not in the end provide the *effective* remedy that is desired.

77 In the context of a public school board, the Supreme Court of California expressed a related concern in *John R.*, *supra*, at p. 957:

[W]e see a significant and unacceptable risk that school districts would be dissuaded from permitting teachers to interact with their students on any but the most formal and supervised basis.

A public authority such as a school board will typically have a greater capacity for loss-spreading and deterrence management than a volunteer, non-profit organization such as the Club. Nevertheless, I think the California court is correct to point out that in an understandable desire to help victims of child abuse, courts ought not to be oblivious to the societal ramifications of the proposed solution.

#### Conclusion from the Stage 2 Policy Analysis

78 Applying the *Children's Foundation* policy analysis, and despite the serious reservations I have mentioned about the extent to which non-profit organizations will be able to advance the policy objectives therein discussed, I accept never-

Schroeder, qui établit toutefois une distinction à son sujet, dans *Dodd c. Cook*, [1956] O.R. 470 (C.A.), à la p. 486; et dans un contexte autre que l'emploi, *Olinski c. Johnson* (1997), 32 O.R. (3d) 653 (C.A.). Les activités récréatives destinées aux enfants ne sont pas un domaine qui permet de réaliser des profits monétaires incitant des bénévoles à persévérer malgré le risque de voir engager leur responsabilité financière personnelle.

Je suis entièrement d'accord avec le juge McLachlin lorsqu'elle affirme, au par. 54 de l'arrêt *Children's Foundation*, que «[l]'idée que la victime doit demeurer sans recours pour le plus grand bien de tous fleure l'utilitarisme grossier et non fondé.» Toutefois, il s'agit en l'espèce de savoir si le «plus grand bien de tous» serait sacrifié *inutilement* par un changement de politique des tribunaux qui, en fin de compte, ne fournit pas le recours *efficace* souhaité.

Dans le cas d'un conseil scolaire public, la Cour suprême de la Californie a exprimé une crainte correspondante dans *John R.*, précité, à la p. 957:

[TRADUCTION] [N]ous estimons qu'il existe un risque important et inacceptable que les districts scolaires soient dissuadés de permettre aux enseignants d'interagir avec leurs élèves autrement que de la façon la plus formelle et sous la plus stricte surveillance.

Une autorité publique comme un conseil scolaire sera habituellement plus en mesure de répartir les pertes et de gérer des mesures dissuasives qu'un organisme bénévole sans but lucratif comme le Club. Je crois néanmoins que le tribunal californien a raison de souligner que, dans leur volonté compréhensible d'aider les enfants victimes de mauvais traitements, les tribunaux ne doivent pas oublier les ramifications sociales de la solution proposée.

#### Conclusion sur la deuxième étape consistant à analyser la politique générale

Appliquant l'analyse de la politique générale contenue dans *Children's Foundation*, et en dépit de sérieuses réserves que j'ai exprimées au sujet de la mesure dans laquelle des organismes sans but lucratif seront capables de favoriser la réalisation

theless that imposition of no-fault liability here will be of *some* benefit to *some* victims. I also accept, of course, that “fairness” to these non-profit organizations is entirely compatible with vicarious liability provided that a *strong* connection is established between the enterprise risk and the sexual assault. Given the weakness of the policy justification however, I think the respondent and other non-profit organizations are entitled to insist that the *strong* connection test be applied with appropriate firmness. My disagreement with the trial judge ultimately rests on my view, respectfully, that his judgment in favour of the appellants represented an unfortunate dilution of that requirement, as I will now discuss.

#### Application of the Analysis to this Case

To find a strong connection, there must be a material increase in the risk of harm occurring in the sense that the employment significantly contributed to the occurrence of the harm. In *Children’s Foundation* at para. 41, the Court suggested that five factors (at least) could be relevant in assessing whether an employer created or materially enhanced the risk of an employee committing an intentional tort and thereby incurred no-fault liability. These were:

- (a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;
- (b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer’s aims (and hence be more likely to have been committed by the employee);
- (c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer’s enterprise;
- (d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim;

des objectifs de politique générale qui y sont analysés, je reconnais néanmoins que l’imputation de la responsabilité sans faute en l’espèce procurera un *certain* avantage à *certaines* victimes. Il va sans dire que je reconnais également que «l’équité» envers ces organismes sans but lucratif est tout à fait compatible avec la responsabilité du fait d’autrui, pourvu que l’on établisse l’existence d’un lien *solide* entre le risque d’entreprise et l’agression sexuelle commise. En raison de la faiblesse de la justification de principe, je crois toutefois que l’intimé et d’autres organismes sans but lucratif ont le droit d’insister pour que le critère du lien *solide* soit appliqué avec toute la fermeté qui s’impose. En fin de compte, mon désaccord avec le juge de première instance résulte du fait que j’estime, en toute déférence, que son jugement en faveur des appelants représentait une atténuation malheureuse de cette exigence, comme nous allons maintenant le voir.

#### Application de l’analyse à la présente affaire

Pour pouvoir conclure à l’existence d’un lien solide, il doit y avoir eu un accroissement sensible du risque de préjudice qui a été causé, en ce sens que l’emploi doit avoir contribué sensiblement à la matérialisation de ce préjudice. Dans *Children’s Foundation*, au par. 41, notre Cour a laissé entendre que cinq facteurs (au moins) pouvaient être pertinents pour évaluer si un employeur a créé ou accru sensiblement le risque qu’un employé commette un délit intentionnel, et s’il doit, en conséquence, se voir imputer une responsabilité sans faute. Ces facteurs étaient les suivants:

- a) l’occasion que l’entreprise a fournie à l’employé d’abuser de son pouvoir;
- b) la mesure dans laquelle l’acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l’employeur (et avoir donc été plus susceptible d’être commis par l’employé);
- c) la mesure dans laquelle l’acte fautif était lié à la situation de conflit, d’affrontement ou d’intimité propre à l’entreprise de l’employeur;
- d) l’étendue du pouvoir conféré à l’employé relativement à la victime;

(e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power.

e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

80

The key to this case, in my view, is that the Club's "enterprise" was to offer group recreational activities for children to be enjoyed in the presence of volunteers and other members. The opportunity that the Club afforded Griffiths to abuse whatever power he may have had was slight. The sexual abuse only became possible when Griffiths managed to subvert the public nature of the activities. The success of his agenda of personal gratification, which ultimately progressed to sex acts, depended on his success in isolating the victims from the group. The progress from the Club's program to the sexual assaults was a chain with multiple links, none of which could be characterized as an inevitable or natural "outgrowth" of its predecessor:

L'élément essentiel dans la présente affaire est, à mon avis, le fait que l'«entreprise» du Club consistait à offrir des activités récréatives de groupe aux enfants, auxquelles ces derniers participeraient en présence de bénévoles et d'autres membres. L'occasion que le Club fournissait à Griffiths d'abuser de tout pouvoir qu'il pouvait posséder était mince. L'agression sexuelle n'est devenue possible que lorsque Griffiths a réussi à contourner la nature publique des activités. Pour réaliser ses projets de plaisir personnel, qui ont finalement abouti à des actes sexuels, il devait réussir à isoler les victimes du groupe. C'est un ensemble de faits, dont aucun ne pouvait être qualifié de «résultat» inévitable ou naturel de celui qui l'avait précédé, qui a permis de passer du programme du Club aux agressions sexuelles:

(1) The Club provided Griffiths with the opportunity to work with children.

(1) Le Club a fourni à Griffiths l'occasion de travailler avec des enfants.

(2) While it was undoubtedly part of Griffiths' job to develop a positive rapport with the children, the relationship envisaged by the Club had no element of intimacy comparable to the situation in *Children's Foundation*.

(2) Bien qu'il ne fasse aucun doute que le travail de Griffiths consistait notamment à établir des liens positifs avec les enfants, la relation envisagée par le Club ne comportait aucun élément d'intimité comparable à ce qui était le cas dans *Children's Foundation*.

(3) While Griffiths might come into occasional physical contact with children by reason of his job, e.g., steadying a child on a piece of gym equipment, the authorized "touching" had no more to do with parenting, nurture or intimacy than could be said of a normal adult reaching out to steady a child who, e.g., tripped over a carpet.

(3) Bien que Griffiths ait parfois pu avoir des contacts physiques avec les enfants en raison de son travail, par exemple, en aidant un enfant à garder l'équilibre sur un appareil de gymnastique, l'«attouchement» autorisé n'avait rien de plus à voir avec le rôle parental, l'éducation ou l'intimité que ce qu'il serait possible de dire au sujet d'un adulte normal qui, par exemple, s'élance vers un enfant qui trébuche sur un tapis, en vue de l'empêcher de tomber.

(4) Griffiths enticed each child to his home to cultivate a one-on-one relationship. The Club activities did not require the Program Director to be alone with a child off Club premises and outside Club hours. Such a practice was explicitly prohibited after 1988.

(4) Griffiths a attiré chaque enfant à son domicile en vue d'établir une relation personnelle avec lui. Les activités du Club n'exigeaient pas que le directeur de programme soit seul avec un enfant en dehors des locaux et des heures d'ouverture du Club. Une telle pratique était explicitement interdite après 1988.

(5) Griffiths established his own bait of home attractions, such as video games, that had nothing to do with Club activities. It was not part of his job to entertain children at home after hours.

(6) Unlike the situation in *Children's Foundation*, the appellants' mother was a parental authority interposed between the assailant and his victims. She gave permission to the children to go to Griffiths' home. No doubt, knowing of Griffiths' job at the Club, she did not regard him as a stranger or as a threat. Nevertheless, it must have been evident to a reasonably cautious parent that Griffiths' home entertainment was not part of the Club's program.

(7) Once the children were drawn into his home-based activities, Griffiths gradually increased the level of intimacy, initially with Randy and subsequently with Jody, in terms of banter and sexually suggestive talk. This was not only unauthorized, it was antithetical to the moral values promoted by the Club.

(8) Eventually, when Griffiths saw his chance, he committed the assaults.

If it was the law that the provision of "opportunity" was enough to render the employer liable, then the progression from step 1 to step 8 might be seen as a series of "but-for" opportunities sufficient to impose liability. But that is not the law. I accept that "but for" the opportunity created by Griffiths' employment at the Club, it is unlikely these assaults would have occurred in the way that they did. As pointed out by McLachlin J. in *Children's Foundation* (at para. 37), however, the relevant nexus, if it exists, is between the job-related conduct at step one and Griffiths' criminal assault at step eight. It is not enough to postulate a series of steps each of which might not have happened "but for" the previous steps. Where, as here, the chain of events constitutes independent initiatives on the part of the employee for his personal gratification, the ultimate misconduct is too remote from the employer's enterprise to justify "no fault"

(5) Pour attirer les enfants, Griffiths a aménagé chez lui son propre matériel de divertissement, tels des jeux vidéo, qui n'avait rien à voir avec les activités du Club. Divertir les enfants chez lui après les heures d'ouverture du Club ne faisait pas partie de son travail.

(6) Contrairement à la situation dans *Children's Foundation*, la mère des appelants était une autorité parentale interposée entre l'agresseur et ses victimes. Elle a autorisé les enfants à aller chez Griffiths. Il ne fait aucun doute que, connaissant le travail de Griffiths au Club, elle ne le considérait ni comme un étranger ni comme une menace. Néanmoins, il devait être évident pour un parent raisonnablement prudent que les divertissements au domicile de Griffiths ne faisaient pas partie du programme du Club.

(7) Une fois les enfants amenés à participer à ses activités à la maison, Griffiths a progressivement augmenté le degré d'intimité, d'abord avec Randy et ensuite avec Jody, au moyen de plaisanteries et de propos suggestifs, ce qui était non seulement interdit, mais encore contraire aux valeurs morales préconisées par le Club.

(8) En fin de compte, Griffiths a commis les agressions dès que l'occasion de le faire s'est présentée.

Si le droit prévoyait que fournir une «occasion» est suffisant pour rendre l'employeur responsable, alors le passage de la première à la huitième étape pourrait être considéré comme une série d'occasions de type «n'eût été» qui seraient suffisantes pour imputer la responsabilité. Or, ce n'est pas ce que le droit prévoit. Je reconnais que «n'eût été» l'occasion créée par l'emploi de Griffiths au Club, il est peu probable que ces agressions auraient été commises de la façon dont elles l'ont été. Cependant, comme l'a souligné le juge McLachlin dans *Children's Foundation* (au par. 37), le lien pertinent, s'il existe, est entre le comportement relié à l'emploi, à la première étape, et l'agression criminelle de Griffiths à la huitième étape. Il ne suffit pas d'établir une série d'étapes dont chacune pourrait ne pas s'être matérialisée «n'eussent été» les étapes précédentes. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la suite d'événements est composée d'ini-

liability. Direct liability would attach, of course, if the employer could be found derelict in respect of any of its own responsibilities towards these children. However, this appeal has been argued on the assumption that there is no such fault on the part of the employer.

tiatives indépendantes que l'employé a prises pour son propre plaisir, l'inconduite qui a résulté en fin de compte est trop éloignée de l'entreprise de l'employeur pour justifier l'imputation de la responsabilité «sans faute». La responsabilité directe de l'employeur serait naturellement engagée s'il était possible de conclure qu'il a manqué à ses propres responsabilités envers ces enfants. Toutefois, le présent pourvoi a été plaidé en tenant pour acquis que l'employeur n'avait pas commis une telle faute.

82

My colleague finds that because the Club's formal constitutional objectives include the provision of "behaviour guidance and to promote the health, social, education, vocational and character development of boys and girls" (para. 16) it must be taken to have "encouraged an intimate relationship to develop between Griffiths and his young charges" (para. 17). With respect, using words like "intimate" and "trust and power" to describe the ordinary relationship between recreational directors and their after-school participants robs these words of their capacity to differentiate situations where vicarious liability may be appropriate from those where it is not. As noted by Professor H.J. Laski over 80 years ago in "The Basis of Vicarious Liability" (1916), 26 *Yale L.J.* 105, at p. 114:

Ma collègue conclut que, du fait que d'après son acte constitutif, le Club avait notamment pour objectif officiel de [TRADUCTION] «guider la conduite des jeunes garçons et des jeunes filles et de favoriser leur épanouissement sur les plans physique, social, pédagogique, professionnel et moral» (par. 16), il faut considérer qu'il «encourag[eait] l'établissement de liens intimes entre Griffiths et les jeunes qui lui étaient confiés» (par. 17). En toute déférence, l'utilisation de mots tels «intime» et «confiance et pouvoir» pour décrire la relation ordinaire entre des directeurs de loisirs et les élèves qui participent à leurs activités parascolaires dépouille ces mots de la possibilité qu'ils offrent de différencier les situations où il peut convenir d'imputer la responsabilité du fait d'autrui, de celles où il ne convient pas de le faire. Comme l'a souligné le professeur H.J. Laski il y a plus de 80 ans dans «The Basis of Vicarious Liability» (1916), 26 *Yale L.J.* 105, à la p. 114:

The real problem in vicarious liability, in fact, is not so much the rectitude of its basal principles, as the degree in which they are to be applied. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] En réalité, le vrai problème que pose la responsabilité du fait d'autrui n'est pas tant la rectitude de ses principes de base, que la mesure dans laquelle ils doivent être appliqués. [Je souligne.]

I do not accept that an enterprise that seeks to provide a positive role model thereby encourages intimacy. Nor do I believe that "mentoring", as such, puts one on the slippery slope to sexual abuse. If it did, any organization that offered "role models" would be looking at no-fault liability. Most organizations dealing with children inevitably involve role models, from the neighbourhood soccer league to Girl Guides to the Duke of Edinburgh awards programs. "Mentoring" is characteristic of everything from Air Cadets to Big Sisters. I can find in the evidence nothing to suggest that

Je n'admets pas qu'une entreprise qui cherche à offrir un modèle positif encourage ainsi l'intimité. Je ne crois pas non plus que l'«encadrement», comme tel, mène sur le terrain glissant de l'agression sexuelle. Si c'était le cas, tout organisme qui offrirait des «modèles» serait exposé à la responsabilité sans faute. La majorité des organismes s'occupant d'enfants, de la ligue de soccer du quartier aux Guides et aux programmes de prix du duc d'Édimbourg, comportent inévitablement des modèles à imiter. L'«encadrement» est typique autant aux Cadets de l'Air qu'aux Grandes Sœurs.

Griffiths' own role required anything more than the establishment of a "rapport" with the children. There is no suggestion that physical intimacy would be either necessary or desirable. Intimacy between Griffiths and one or more of the members, even if maintained on a wholly non-sexual level, would have been destructive of the Club's program, leading to problems of favouritism, feelings of exclusion, and dissension.

The Club did not confer any meaningful "power" over the appellants. They were free to walk out of the Club at any time. They went home to their mother every night. In the circumstances I agree with the point made by Newbury J.A. in the British Columbia Court of Appeal in the *Children's Foundation* case (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) v. Curry*), at pp. 39-40:

Where, for example, a teacher uses his or her authority to develop a relationship with a pupil in his or her class and then abuses that relationship by approaching the child at a park during the summer holidays, it may be said that by employing the teacher and giving him or her some authority (albeit not parental authority) over the child, the teacher's employer "made the wrong more probable". But it is likely vicarious liability would not be imposed on the employer given the absence of a close connection between the teacher's duties and his or her wrongful acts. To put the matter another way, the fact that the teacher took advantage of his opportunity at the school to develop a relationship with the child is not enough: something more is required — a close connection between the teacher's duties and his or her wrongful acts — to render the school board liable without proof of negligence or other fault on its part. [Emphasis added.]

Griffiths took advantage of the opportunity the Club afforded him to make friends with the children. His manipulation of those friendships is both despicable and criminal, but whatever power Griffiths used to accomplish his criminal purpose for personal gratification was neither conferred by the Club nor was it characteristic of the type of enterprise which the respondent put into the community. That being the case, I do not think the one act of sexual touching which occurred on the Club

Je ne trouve rien dans la preuve qui laisse entendre que le propre rôle de Griffiths exigeait plus que l'établissement de «liens» avec les enfants. Il n'y a aucune indication que l'intimité physique était nécessaire ou souhaitable. L'intimité entre Griffiths et un seul ou plusieurs des membres, même sans aucune connotation sexuelle, aurait ruiné le programme du Club, et engendré des problèmes de favoritisme, des sentiments d'exclusion et de la discorde.

Le Club ne conférait aucun «pouvoir» significatif sur les appelants. Ceux-ci étaient libres de quitter le Club en tout temps. Ils retournaient chez leur mère tous les soirs. Dans ces circonstances, je suis d'accord avec la remarque que le juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a faite dans l'arrêt *Children's Foundation* (1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 (*sub nom. B. (P.A.) c. Curry*), aux pp. 39 et 40:

[TRADUCTION] Lorsque, par exemple, un enseignant se sert de son autorité pour établir des liens avec un élève de sa classe et qu'il abuse ensuite de ces liens en abordant l'enfant dans un parc pendant les vacances d'été, il est possible de dire qu'en embauchant cet enseignant et en lui conférant une autorité (quoique non parentale) sur l'enfant, l'employeur «a rendu la faute plus probable». Toutefois, il est probable que la responsabilité du fait d'autrui ne serait pas imputée à l'employeur compte tenu de l'absence de lien étroit entre les fonctions de l'enseignant et ses actes fautifs. En d'autres termes, le fait que l'enseignant a saisi l'occasion d'établir des liens avec l'enfant à l'école n'est pas suffisant: il doit y avoir quelque chose de plus — un lien étroit entre les fonctions de l'enseignant et ses actes fautifs — pour rendre le conseil scolaire responsable sans preuve de négligence ou de faute de sa part. [Je souligne.]

Griffiths a saisi l'occasion que le Club lui fournissait pour se lier d'amitié avec les enfants. Sa manipulation de ces amitiés est à la fois abjecte et criminelle, mais quel que soit le pouvoir que Griffiths a utilisé pour réaliser ses fins criminelles pour son propre plaisir, ce pouvoir ne lui a pas été conféré par le Club et n'était pas propre au type d'entreprise que l'intimé a implanté dans la collectivité. Cela étant, je ne crois pas que le seul acte d'attouchement sexuel qui est survenu dans la

van, given that it was a minor and incidental part of Griffiths' ongoing campaign of sexual predation outside Club facilities and outside Club hours, was sufficient to trigger no-fault liability. As McLachlin J. pointed out in *Children's Foundation* at para. 45, the mechanical application of time and place criteria obscures the more fundamental analysis.

fourgonnette du Club, compte tenu du fait qu'il s'agissait d'un élément mineur et secondaire de la campagne de prédation sexuelle que Griffiths menait en dehors des locaux et des heures d'ouverture du Club, était suffisant pour déclencher la responsabilité sans faute. Comme le juge McLachlin l'a fait remarquer dans *Children's Foundation*, au par. 45, l'application machinale de critères temporels et spatiaux éclipse l'analyse plus fondamentale.

85 Finally, as to the vulnerability of potential victims, my colleague notes at para. 18 that the trial judge in this case found that "Griffiths exercised a 'god-like' authority over his victims". The only reference to "god-like" in the trial judgment is at para. 12 in relation to the intercourse that occurred between Griffiths and the appellant Jody as follows: "She did not assist and did not resist. She was scared and confused. He had been a mentor to her and had seemed almost god-like and because of that she had some thought that it must be okay." It may have been part of Griffiths' plan to appear to be "god-like" to his victim, but the question is whether such a "god-like" image can be attributed to anything intended by the Club, or was a foreseeable element of its "enterprise". The answer, in my view, is no. The liability of the Club cannot be determined solely on the basis of the subjective reaction of the victim. There is no suggestion in the evidence that an ordinary girl of Jody's age and background, knowing the nature of Griffiths' employment as an organizer of after-school recreation, would have considered that he had "god-like" job-created status. The need to relate the victim's impressions to some objective inducement, express or implied, by the employer was noted in *Armagas Ltd. v. Mundogas SA*, [1986] 2 All E.R. 385 (H.L.), at p. 393.

Enfin, en ce qui concerne la vulnérabilité des victimes potentielles, ma collègue souligne, au par. 18, que le juge de première instance a conclu, dans la présente affaire, que «Griffiths exerçait sur ses victimes un pouvoir tenant du culte». La seule mention d'un culte dans le jugement de première instance est faite au par. 12 relativement aux rapports sexuels que Griffiths a eus avec l'appelante Jody: [TRADUCTION] «Elle n'a ni aidé ni résisté. Elle était effrayée et confuse. Elle l'avait considéré comme un mentor et avait presque semblé lui vouer un culte, et à cause de cela elle a pensé que ce devait être correct.» Il peut avoir fait partie du plan de Griffiths d'amener sa victime à lui vouer un culte, mais il s'agit de savoir si ce résultat peut avoir été voulu par le Club, ou si c'était un élément prévisible de son «entreprise». À mon avis, la réponse est non. La responsabilité du Club ne peut pas être établie seulement en fonction de la réaction subjective de la victime. Il ne ressort pas de la preuve qu'une fille ordinaire qui aurait eu le même âge et les mêmes antécédents que Jody, et qui aurait connu la nature de l'emploi de Griffiths comme organisateur d'activités récréatives parascolaires, aurait considéré que son emploi lui conférerait un statut tenant du culte. Le besoin de relier les impressions de la victime à une incitation objective, expresse ou implicite, de l'employeur a été souligné dans *Armagas Ltd. c. Mundogas SA*, [1986] 2 All E.R. 385 (H.L.), à la p. 393.

86 There is a natural tendency to want to impose vicarious liability for virtually all instances of abuse where the employer is dealing with children because of the inherent vulnerability of children. Vulnerability is said to justify a zero tolerance policy. This reasoning is apparent in the present case

Il existe une tendance naturelle à vouloir imputer la responsabilité du fait d'autrui dans pratiquement tous les cas d'agressions où l'employeur s'occupe d'enfants, en raison de la vulnérabilité inhérente des enfants. On dit que la vulnérabilité justifie une politique de tolérance zéro. Ce raison-

where the trial judge concluded, as stated, that “[i]f the scourge of sexual predation is to be stamped out, or at least controlled, there must be powerful motivation acting upon those who control institutions engaged in the care, protection and nurturing of children” (para. 69). Nevertheless, the way in which this appeal was presented to us requires us to assume that the employer here did everything a reasonable employer ought to have done in terms of recruiting and supervising Griffiths, and in the design and conduct of its programs of which he was Director. While the vulnerability of children provides the appropriate context in which the respondent’s enterprise is to be evaluated, vulnerability does not itself provide the “strong link” between the enterprise and the sexual assault that imposition of no-fault liability would require.

#### Disposition of the Appeal

The trial judge, upon being satisfied that the Club was liable under the doctrine of vicarious liability, did not address the question of whether the Club was also negligent (at para. 69) despite the fact that negligence was specifically pleaded by the plaintiffs. Also, the trial judge did not consider the question of whether the Club owed a fiduciary duty to the plaintiffs and hence did not consider that head of liability (at para. 66). In the result, the matter should be sent back to trial for a determination as to whether the Club is liable under a fault-based cause of action, whether it be negligence or other breach of duty, on the whole of the evidence. The present appeal, based as it is purely on the attribution of vicarious liability, should be dismissed.

*Appeal dismissed, L’HEUREUX-DUBÉ, MCLACHLIN and BASTARACHE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Kendall, Penty & Company, Kelowna, B.C.*

nement est manifeste dans la présente affaire quand le juge de première instance décide, comme nous l’avons vu, que [TRADUCTION] «[p]our éliminer ou, du moins, freiner le fléau de la prédation sexuelle, il faut une motivation puissante chez les dirigeants d’établissements qui se consacrent à la garde, à la protection et à l’éducation d’enfants» (par. 69). Quoi qu’il en soit, la façon dont le présent pourvoi nous a été présenté nous oblige à présumer que l’employeur, en l’espèce, a fait tout ce qu’un employeur raisonnable aurait dû faire en ce qui concerne le recrutement et la supervision de Griffiths, ainsi que la conception et la mise en œuvre de son programme dont ce dernier était le directeur. Bien que la vulnérabilité des enfants fournisse le contexte approprié dans lequel l’entreprise de l’intimé doit être évaluée, la vulnérabilité elle-même ne fournit pas le «lien solide» entre l’entreprise et l’agression sexuelle que l’imputation de responsabilité sans faute exigerait.

#### Dispositif

Une fois qu’il a été convaincu que le Club était responsable selon le principe de la responsabilité du fait d’autrui, le juge de première instance n’a pas abordé la question de savoir si le Club avait aussi été négligent (au par. 69), malgré le fait que les demandeurs avaient expressément invoqué la négligence. Le juge de première instance ne s’est pas demandé non plus si le Club avait une obligation fiduciaire envers les demandeurs et n’a pas, de ce fait, envisagé ce domaine de responsabilité (au par. 66). En définitive, il y a lieu de renvoyer l’affaire au tribunal de première instance pour qu’il tranche la question de savoir si le Club est responsable en vertu d’une cause d’action fondée sur la faute, que ce soit la négligence ou un autre manquement à une obligation, compte tenu de l’ensemble de la preuve. Il y a lieu de rejeter le présent pourvoi, qui repose uniquement sur l’imputation de responsabilité du fait d’autrui.

*Pourvoi rejeté, les juges L’HEUREUX-DUBÉ, MCLACHLIN et BASTARACHE sont dissidents.*

*Procureurs des appelants: Kendall, Penty & Company, Kelowna (C.-B.).*

*Solicitors for the respondent Boys' and Girls' Club of Vernon: Watson Goepel Maledy, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé le Boys' and Girls' Club de Vernon: Watson Goepel Maledy, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada: Barnes, Sammon, Ottawa.*

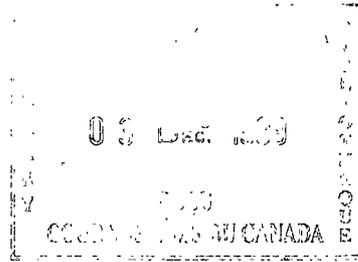
*Solicitors for the intervener Wunnumin Lake First Nation: Goodman & Carr, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Première Nation de Lac Wunnumin: Goodman & Carr, Toronto.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 4, 1999 Vol. 2**

**4<sup>e</sup> cahier, 1999 Vol. 2**

Cited as [1999] 2 S.C.R. 625-815

Renvoi [1999] 2 R.C.S. 625-815

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor  
ODILE CALDER

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk  
MANON PLOUFFE

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 1999.

## CONTENTS

**Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)..... 722**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

Arrêtiistes  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Commis au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1999.

## SOMMAIRE

**Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)..... 722**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

### **Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson..... 753**

Torts — Negligence — Motor vehicle accident — Action by child for prenatal negligence against mother — Whether mother liable in tort for damages to her child arising from an alleged prenatal negligent act which injured her foetus.

### **Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)..... 733**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

### **R. v. LePage..... 744**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

### **Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)..... 625**

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

### **Dobson (Tuteur à l'instance de) c. Dobson..... 753**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Accident de la route — Action intentée par un enfant contre sa mère pour négligence commise avant la naissance — La mère doit-elle être tenue délictuellement responsable du dommage subi par son enfant en raison de la négligence dont elle aurait fait preuve avant la naissance laquelle a causé un préjudice au fœtus qu'elle portait?

### **Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)..... 733**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

### **R. c. LePage..... 744**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

## SOMMAIRE (Fin)

libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

### **Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)..... 625**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

**Joseph Ronald Winko** *Appellant*

v.

**The Director, Forensic Psychiatric Institute,  
and the Attorney General of British  
Columbia** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Quebec, the Canadian Mental  
Health Association, Kenneth Samuel Cromie  
on behalf of the Queen Street Patients'  
Council and Kevin George  
Wainwright** *Intervenors*

INDEXED AS: WINKO v. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC  
PSYCHIATRIC INSTITUTE)

File No.: 25856.

1998: June 15, 16; 1999: June 17.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and  
Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-  
mental justice — Vagueness — Improper onus — Over-  
breadth — Criminal Code providing for verdict of not  
criminally responsible on account of mental disorder —  
Not criminally responsible accused can be absolutely  
discharged, conditionally discharged or detained —  
Whether provisions infringe principles of fundamental  
justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms,  
s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality  
rights — Mental disability — Criminal Code providing  
for verdict of not criminally responsible on account of  
mental disorder — Not criminally responsible accused  
can be absolutely discharged, conditionally discharged  
or detained — Whether provisions infringe right to*

**Joseph Ronald Winko** *Appellant*

c.

**Le directeur du Forensic Psychiatric  
Institute et le procureur général de la  
Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec, l'Association  
canadienne pour la santé mentale, Kenneth  
Samuel Cromie pour le compte de Queen  
Street Patients' Council et Kevin George  
Wainwright** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: WINKO c. COLOMBIE-BRITANNIQUE  
(FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE)

N° du greffe: 25856.

1998: 15, 16 juin; 1999: 17 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée  
excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle  
pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code cri-  
minel — Un accusé non responsable criminellement  
peut être libéré inconditionnellement, libéré sous  
réserve de modalités ou placé en détention — Les dispo-  
sitions contreviennent-elles aux principes de justice fon-  
damentale? — Charte canadienne des droits et libertés,  
art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46,  
art. 672.54.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à  
l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-res-  
ponsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux  
prévu dans le Code criminel — Un accusé non respon-  
sable criminellement peut être libéré inconditionnelle-  
ment, libéré sous réserve de modalités ou placé en  
détention — Les dispositions portent-elles atteinte au  
droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et*

*equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

The appellant has a long history of mental illness and hospitalization, and has been diagnosed with chronic residual schizophrenia. In 1983 he was arrested for attacking two pedestrians on the street with a knife and stabbing one of them behind the ear. Prior to this incident he had been hearing voices. He was charged with aggravated assault, assault with a weapon, and possession of a weapon for purposes dangerous to the public peace. He was tried and found not criminally responsible ("NCR"). Under s. 672.54 of the *Criminal Code*, where a verdict of NCR on account of mental disorder has been rendered, the court or Review Board may direct that the accused be discharged absolutely, discharged subject to conditions or detained in custody in a hospital. The Review Board considered the appellant's status in 1995 and, in a majority decision, granted him a conditional discharge. A majority of the Court of Appeal upheld the decision. The appellant subsequently challenged the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* dealing with the review of NCR accused before a different panel of the Court of Appeal. A majority of the panel found that the provisions did not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: In the spirit of supplanting the old stereotypes about mentally ill offenders, Part XX.1 of the *Criminal Code* supplements the traditional guilt-innocence dichotomy of the criminal law with a new alternative for NCR accused — an alternative of individualized assessment to determine whether the person poses a continuing threat to society coupled with an emphasis on providing opportunities to receive appropriate treatment. Throughout the process the offender is to be treated with dignity and accorded the maximum liberty compatible with Part XX.1's goals of public protection and fairness to the NCR accused.

Properly read, s. 672.54 does not create a presumption of dangerousness and does not, in its effect, impose a burden of proving lack of dangerousness on the NCR accused. The introductory part of s. 672.54 requires the

*libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.*

L'appelant est depuis longtemps atteint de maladie mentale et traité en milieu hospitalier et, selon le diagnostic établi, il souffre de schizophrénie chronique récurrente. En 1983, il a été arrêté après avoir agressé deux piétons avec un couteau, poignardant l'un d'eux derrière l'oreille. Avant cette agression, il avait entendu des voix. Il a fait l'objet d'accusations de voies de fait graves, d'agression armée et de possession d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Un verdict de non-responsabilité criminelle («NRC») a été prononcé à l'issue du procès. En vertu de l'art. 672.54 du *Code criminel*, lorsqu'un verdict de NRC pour cause de troubles mentaux a été rendu le tribunal ou la commission d'examen peut ordonner que l'accusé soit libéré inconditionnellement, qu'il soit libéré sous réserve de modalités ou qu'il soit placé en détention dans un hôpital. La commission d'examen s'est penchée sur le cas de l'appelant en 1995 et, à la majorité, a rendu une décision portant libération conditionnelle. La Cour d'appel a confirmé à la majorité le bien-fondé de la décision. L'appelant a par la suite contesté devant une formation différente de la Cour d'appel la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui prévoient la tenue d'un examen relativement aux accusés non responsables criminellement. Cette formation a majoritairement conclu que les dispositions ne violaient pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef* Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Pour rompre avec les vieux stéréotypes concernant les contrevenants atteints de troubles mentaux, la partie XX.1 du *Code criminel* ajoute à la traditionnelle dichotomie opposant culpabilité et innocence en droit criminel. Elle prévoit une nouvelle avenue, soit une évaluation visant à déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente toujours un risque pour la société, tout en mettant l'accent sur le fait d'offrir à l'accusé des occasions de recevoir un traitement approprié. Tout au long du processus, le contrevenant doit être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l'accusé non responsable criminellement.

Correctement interprété, l'art. 672.54 ne crée pas de présomption de dangerosité et n'a pas pour effet d'imposer à l'accusé non responsable criminellement le fardeau de prouver qu'il n'est pas dangereux. La partie

court or Review Board to consider the need to protect the public from dangerous persons, together with the mental condition of the accused, his or her reintegration into society, and his or her other needs. The court or Review Board must then make the disposition “that is the least onerous and least restrictive to the accused”. Under s. 672.54(a), the court or Review Board must direct that the accused be discharged absolutely if it is of the opinion that “the accused is not a significant threat to the safety of the public”. This provision must be read with the preceding instruction that the court or Review Board must make the order that is the least onerous and least restrictive to the accused, and in light of the principle that the only constitutional basis on which the criminal law may restrict the liberty of an NCR accused is the protection of the public from significant threats to its safety. Read in this way, it becomes clear that unless it makes a positive finding on the evidence that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public, the court or Review Board must order an absolute discharge. This interpretation is supported by the principle that a statute should be read in a manner that supports compliance with the *Charter*.

On this interpretation of Part XX.1, the duties of a court or Review Board that is charged with interpreting s. 672.54 may, for practical purposes, be summarized as follows:

1. The court or Review Board must consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused. The court or Review Board is required in each case to answer the question: does the evidence disclose that the NCR accused is a “significant threat to the safety of the public”?
2. A “significant threat to the safety of the public” means a real risk of physical or psychological harm to members of the public that is serious in the sense of going beyond the merely trivial or annoying. The conduct giving rise to the harm must be criminal in nature.
3. There is no presumption that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public.

introductive de l’art. 672.54 exige que le tribunal ou la commission d’examen tienne compte de la nécessité de protéger le public contre les personnes dangereuses, ainsi que de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d’examen doit ensuite rendre la décision «la moins sévère et la moins privative de liberté». En vertu de l’al. 672.54a), le tribunal ou la commission d’examen rend une décision portant libération inconditionnelle s’il est d’avis que «[l’accusé] ne représente pas un risque important pour la sécurité du public». Cette disposition doit être interprétée en fonction de l’obligation faite au tribunal ou à la commission d’examen de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible et à la lumière du principe que, sur le plan constitutionnel, le droit criminel ne peut priver de liberté l’accusé non responsable criminellement qu’à la seule fin de protéger le public contre des risques importants pour sa sécurité. Il est clair, selon cette interprétation, que si, à partir de la preuve, il ne conclut pas positivement que l’accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, le tribunal ou la commission d’examen doit ordonner sa libération inconditionnelle. Cette interprétation est compatible avec le principe qu’une loi doit être interprétée d’une manière conforme à la *Charte*.

Selon cette interprétation de la partie XX.1 du *Code*, les obligations qui incombent à un tribunal ou une commission d’examen chargé d’interpréter l’art. 672.54 peuvent, à des fins pratiques, être résumées de la façon suivante:

1. Le tribunal ou la commission d’examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d’examen doit, dans chaque cas, répondre à la question suivante: la preuve établit-elle que l’accusé non responsable criminellement représente «un risque important pour la sécurité du public»?
2. Un «risque important pour la sécurité du public» signifie un risque véritable qu’un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité, risque qui est grave dans le sens où le préjudice potentiel est plus qu’ennuyeux ou insignifiant. La conduite préjudiciable doit être de nature criminelle.
3. Il n’y a pas de présomption que l’accusé non responsable criminellement représente un risque

Restrictions on his or her liberty can only be justified if, at the time of the hearing, the evidence before the court or Review Board shows that the NCR accused actually constitutes such a threat. The court or Review Board cannot avoid coming to a decision on this issue by stating, for example, that it is uncertain or cannot decide whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. If it cannot come to a decision with any certainty, then it has not found that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public.

4. The proceeding before the court or Review Board is not adversarial. If the parties do not present sufficient information, it is up to the court or Review Board to seek out the evidence it requires to make its decision. Where the court is considering the matter, it may find in such circumstances that it cannot readily make a disposition without delay and that it should be considered by the Review Board. Regardless of which body considers the issue, there is never any legal burden on the NCR accused to show that he or she does not pose a significant threat to the safety of the public.

5. The court or Review Board may have recourse to a broad range of evidence as it seeks to determine whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Such evidence may include the past and expected course of the NCR accused's treatment, if any, the present state of the NCR accused's medical condition, the NCR accused's own plans for the future, the support services existing for the NCR accused in the community, and the assessments provided by experts who have examined the NCR accused. This list is not exhaustive.

6. A past offence committed while the NCR accused suffered from a mental illness is not, by itself, evidence that the NCR accused continues to pose a significant risk to the safety of the public. However, the fact that the NCR accused committed a criminal act in the past may be considered together with other circumstances where it is relevant to identifying a pattern of behaviour, and hence to the issue of whether the NCR accused presents a significant threat to public safety. The court or Review Board must at all times consider the circumstances of the individual NCR accused before it.

important pour la sécurité du public. Les privations de sa liberté ne peuvent être justifiées que si, au moment de l'audition, il ressort de la preuve dont dispose le tribunal ou la commission d'examen que l'accusé représente véritablement un tel risque. Le tribunal ou la commission d'examen ne peut éviter de trancher cette question en disant, par exemple, qu'il est incertain ou qu'il ne peut déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. S'il ne peut trancher cette question avec certitude, il n'a pas conclu que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public.

4. La procédure devant le tribunal ou la commission d'examen n'est pas contradictoire. Lorsque les parties ne fournissent pas suffisamment de renseignements, il incombe au tribunal ou à la commission d'examen de chercher à obtenir les éléments de preuve dont il a besoin pour rendre sa décision. Dans le cas où c'est le tribunal qui examine l'affaire, celui-ci peut, dans les circonstances, conclure qu'il ne peut facilement rendre une décision sans délai et que l'affaire doit être examinée par la commission d'examen. Peu importe l'organisme qui examine l'affaire, l'accusé non responsable criminellement n'a jamais ultimement le fardeau d'établir qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

5. Le tribunal ou la commission d'examen dispose de tout un éventail d'éléments de preuve pour déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Ces éléments peuvent comprendre la façon dont se sont déroulés, le cas échéant, le traitement de l'accusé et les résultats anticipés, l'état de santé actuel de celui-ci, ses projets pour l'avenir, les services de soutien dont il peut se prévaloir au sein de la collectivité, et les résultats des évaluations des experts qui l'ont examiné. Cette liste n'est pas exhaustive.

6. Le fait que l'accusé non responsable criminellement a déjà commis une infraction alors qu'il souffrait de troubles mentaux n'établit pas en soi qu'il représente toujours un risque important pour la sécurité du public. Cependant, il peut être tenu compte du fait qu'il a déjà commis un acte criminel, ainsi que d'autres circonstances, lorsque cela est pertinent en vue de cerner une certaine tendance comportementale et, par conséquent, de déterminer s'il représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen doit, en tout temps, examiner les circonstances propres à l'accusé dont il est question.

7. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public, it must order an absolute discharge.

8. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is a significant threat to the safety of the public, it has two alternatives. It may order that the NCR accused be discharged subject to the conditions the court or Review Board considers necessary, or it may direct that the NCR accused be detained in custody in a hospital, again subject to appropriate conditions.

9. When deciding whether to make an order for a conditional discharge or for detention in a hospital, the court or Review Board must again consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused, and make the order that is the least onerous and least restrictive to the NCR accused.

Section 672.54 does not violate the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The phrase "significant threat to the safety of the public" satisfies the test of providing sufficient precision for legal debate and is therefore not unconstitutionally vague. Neither does s. 672.54, as interpreted, improperly shift the burden to the NCR accused to prove that he or she does not pose a significant threat to public safety. Finally, the scheme is not overbroad, since it ensures that the NCR accused's liberty will be trammelled no more than is necessary to protect public safety. In addition to the safeguards of the NCR accused's liberty found in s. 672.54, Part XX.1 further protects his or her liberty by providing for, at minimum, annual consideration of the case by the Review Board and by granting the NCR accused a right to appeal to the Court of Appeal a disposition made by a court or Review Board. If a court or Review Board fails to interpret and apply s. 672.54 correctly and unduly impinges on the NCR accused's liberty, the NCR accused therefore has an appropriate remedy.

Section 672.54 of the *Code* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. A reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the

7. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle.

8. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement repré-sente un risque important pour la sécurité du public, deux choix s'offrent à lui. Il peut soit rendre une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités qu'il juge indiquées, soit rendre une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital, sous réserve encore une fois des modalités qu'il juge indiquées.

9. Lorsqu'il choisit de rendre une décision portant libération conditionnelle de l'accusé non responsable criminellement ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital, le tribunal ou la commission d'examen doit, encore une fois, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

L'article 672.54 ne viole pas les principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte*. L'expression «risque important pour la sécurité du public» satisfait au critère qui exige une précision suffisante pour permettre un débat judiciaire, et elle n'est donc pas d'une imprécision inconstitutionnelle. L'article 672.54, selon l'interprétation exposée, n'impose pas non plus indûment à l'accusé le fardeau de prouver qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. Enfin, le régime n'a pas une portée excessive puisqu'il fait en sorte que la liberté de l'accusé ne soit pas entravée plus qu'il n'est nécessaire pour protéger la sécurité du public. Outre les garanties accordées à l'art. 672.54, la partie XX.1 protège la liberté de l'accusé non responsable criminellement en prévoyant, tout au moins, l'examen annuel de son cas par la commission d'examen et en lui accordant le droit d'interjeter appel à la cour d'appel d'une décision d'un tribunal ou d'une commission d'examen. Lorsque le tribunal ou la commission d'examen omet d'interpréter et d'appliquer correctement l'art. 672.54 et empiète indûment sur le droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement, celui-ci a donc un recours approprié.

L'article 672.54 du *Code* ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. La personne raisonnable, objective, bien informée des circonstances et dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à

claimant, would not find these provisions to be discriminatory. They promote, rather than deny, the claimant's right to be considered as an individual, equally entitled to the concern, respect and consideration of the law. While Part XX.1 of the *Code* may be seen as treating NCR accused differently from other accused persons on the basis of mental illness at the time of the criminal act, and the distinction is made on the basis of an enumerated ground, namely mental disability, the purported differential treatment is not discriminatory in that it does not reflect the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise violate s. 15(1)'s guarantee that every individual is equally entitled to the law's concern, respect, and consideration. The jurisprudence recognizes that discrimination may arise either from treating an individual differently from others on the basis of group affiliation, or from failing to do so. Different legal treatment reflecting the particular needs and circumstances of an individual or group not only may be justified, but may be required in order to fulfill s. 15(1)'s purpose of achieving substantive equality. In its purpose and effect, Part XX.1 reflects the view that NCR accused are entitled to sensitive care, rehabilitation and meaningful attempts to foster their participation in the community, to the maximum extent compatible with the individual's actual situation. Any restrictions on the liberty of NCR accused are imposed to protect society and to allow the NCR accused to seek treatment, not for penal purposes. This renders inapposite a mechanistic comparison of the duration of time for which criminally responsible and NCR accused may be confined.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Section 672.54 of the *Criminal Code* reflects the proper exercise by Parliament of its criminal law jurisdiction. Following *Swain*, the preventive jurisdiction of criminal law is triggered by the existence of a threat to public safety. Danger is the threshold, not significant danger. The opening paragraph of s. 672.54 sets out the rule governing the disposition to be made. First, the court or Review Board must take into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused and the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. Second, the disposition is to be the least onerous and least restrictive possible to the accused. Section 672.54(a) mandates absolute

celle du demandeur, ne trouverait pas cette disposition discriminatoire. Celle-ci favorise, au lieu de nier, le droit du demandeur d'être traité par la loi comme une personne qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération que les autres. Bien qu'on puisse interpréter la partie XX.1 du *Code* comme traitant l'accusé non responsable criminellement différemment des autres personnes accusées, en raison des troubles mentaux dont il souffrait lors de la perpétration de l'acte criminel, et que la distinction soit faite en raison d'un motif énuméré, à savoir la déficience mentale, la différence de traitement n'est pas discriminatoire parce qu'elle ne dénote pas l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ni ne viole par ailleurs le droit garanti au par. 15(1), selon lequel tous méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. La jurisprudence reconnaît que la discrimination peut résulter soit du fait de traiter une personne différemment des autres en raison de son appartenance à un groupe, soit de l'omission de le faire. Une différence de traitement établie dans la loi qui reflète les besoins particuliers et la situation particulière d'un individu ou d'un groupe peut être non seulement justifiée, mais aussi exigée, pour l'atteinte de l'objectif du par. 15(1) qui vise à réaliser l'égalité réelle. L'objectif et l'effet de la partie XX.1 représentent le point de vue selon lequel l'accusé non responsable criminellement a le droit de recevoir des soins attentifs, d'être réadapté, et de faire l'objet de tentatives valables en vue de sa participation à la société dans la plus grande mesure possible, compte tenu de sa situation véritable. Toute restriction de la liberté d'un accusé non responsable criminellement lui est infligée pour protéger la société et pour lui permettre de se faire traiter, et non à des fins pénales. Cela rend inutile toute comparaison mécaniste entre la durée de la détention de l'accusé criminellement responsable et celle de l'accusé non responsable criminellement.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: L'article 672.54 du *Code criminel* découle de l'exercice approprié de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Depuis l'arrêt *Swain*, l'application du volet préventif de la compétence en droit criminel est déclenchée par l'existence d'un risque pour la sécurité du public. C'est le danger, et non le danger important, qui constitue l'élément déterminant. Le paragraphe introductif de l'art. 672.54 énonce la règle applicable à la décision qui doit être rendue. Premièrement, le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

discharge if it is found that the NCR accused is “not a significant threat to the safety of the public” even though he or she is dangerous. The wording of the introductory paragraph and of s. 672.54(a) on its face leads clearly to the conclusion that the test set out is a negative one. While the *Criminal Code*, like all legislation, ought to be interpreted in light of the *Charter* and the values it enshrines, courts ought not to depart from the “plain meaning” of the text in the absence of ambiguity.

While the need to protect the public from danger is an essential condition for imposing any restriction on the liberty interests of NCR accused and must be established, Parliament does not require a positive finding that the NCR accused is a significant threat to public safety to maintain some protective measures and justify a disposition that is the least onerous and restrictive to the accused other than absolute discharge. Section 672.54(a) is phrased in such a way that the requirement for an absolute discharge only arises when the court or Review Board is of the opinion that the accused is not a significant threat. Parliament has envisaged two levels of dangerousness: dangerousness and significant threat to public safety. The court or Review Board must first make a positive finding of dangerousness, i.e., that the NCR accused is indeed a threat to public safety. If the court or Review Board finds that the accused is dangerous, it will then have to determine whether the accused is or is not a significant threat to public safety. A positive finding of such significant dangerousness need not be made as a condition precedent to ordering some measures of protection. Parliament has expressed, through the negative wording of s. 672.54(a), that if the court or Review Board is unable to reach an opinion as to whether or not the threat posed by the accused is a significant one, it may maintain some protective measures pending further review of the case, by issuing the order that is the least onerous and least restrictive to the accused consistent with the evidence.

The impugned provisions do not violate s. 7 of the *Charter*. The process is inquisitorial, as opposed to adversarial, and therefore does not cast a burden on the NCR accused to prove his or her lack of dangerousness. Nor does s. 672.54 create a presumption of dangerousness. If the court or Review Board fails to conclude positively that the NCR accused is dangerous, it must grant

Deuxièmement, il lui incombe de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible. L’alinéa 672.54a) prévoit la libération inconditionnelle lorsque le tribunal ou la commission d’examen est d’avis que l’accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public», même s’il est dangereux. À sa face même, le libellé du paragraphe introductif et de l’al. 672.54a) établit clairement que le critère est énoncé dans la négative. Même si, comme tout autre texte de loi, le *Code criminel* doit être interprété en fonction de la *Charte* et des valeurs qu’elle consacre, les tribunaux ne doivent pas s’écarter du «sens ordinaire» des mots, sauf ambiguïté.

Bien que la nécessité de protéger le public contre un danger soit une condition essentielle à la limitation de la liberté de l’accusé non responsable criminellement et qu’elle doive être établie, le législateur n’exige pas une conclusion positive que l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public aux fins de la prise de mesures de protection et du prononcé de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à l’exclusion de la décision portant libération inconditionnelle. L’alinéa 672.54a) est libellé de telle manière que le tribunal ou la commission d’examen n’est tenu d’accorder la libération inconditionnelle que s’il est d’avis que l’accusé ne représente pas un risque important. Le législateur a envisagé deux niveaux de dangerosité, celui où l’accusé est dangereux et celui où il représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d’examen doit tout d’abord tirer une conclusion positive de dangerosité, c.-à-d. que l’accusé non responsable criminellement représente effectivement un risque pour la sécurité du public. Si le tribunal ou la commission d’examen conclut que l’accusé est dangereux, il lui faut ensuite déterminer s’il représente ou non un risque important pour la sécurité du public. Il n’est pas nécessaire de conclure que l’accusé représente un tel risque pour ordonner la prise de mesures de protection. Il appert de la formulation négative de l’al. 672.54a) que le législateur a voulu, lorsque le tribunal ou la commission d’examen n’est pas en mesure de se faire une opinion quant à l’importance du risque, qu’il puisse maintenir certaines mesures de protection jusqu’à la révision du dossier en rendant la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la preuve.

Les dispositions contestées ne violent pas l’art. 7 de la *Charte*. La procédure visée est de type inquisitoire, et non contradictoire, de sorte que l’accusé non responsable criminellement n’est pas tenu de prouver qu’il n’est pas dangereux. L’article 672.54 ne crée pas non plus de présomption de dangerosité. Si le tribunal ou la commission d’examen ne conclut pas positivement que l’accusé

an absolute discharge. While the principles of fundamental justice require a positive finding of dangerousness, they allow that uncertainties with respect to the extent of the threat posed by the accused be resolved in favour of the safety of the public. Public concern that an NCR accused not be free of all supervision until it is established that he or she is not a significant threat to the safety of the public is obvious and legitimate. While the making of dispositions pursuant to s. 672.54 affects individual liberty interests so as to engage s. 7 of the *Charter*, a closer consideration of the legislation reveals the minimal effect of s. 672.54 on the liberty interests of the NCR accused as well as the existence of solid procedural safeguards. The court or the Review Board engages in a risk-management exercise. Detention or confinement will constitute the appropriate disposition only when that will be the least onerous disposition possible. Section 672.54 is not overbroad precisely because it is tailored to fit the particular situation of the NCR accused. If punishment clearly cannot be one of the objectives of Part XX.1, then the correlative principle of proportionality cannot apply either. Part XX.1 adapts the criminal system to the mentally ill who are not responsible for their criminal acts. NCR accused are not sentenced because a sentence is appropriate neither for the NCR accused nor for the safety of the public. The sentence is replaced by the least onerous and restrictive disposition to the NCR accused which is appropriate to protect the public against NCR accused who are dangerous persons. Section 7 of the *Charter* allows for such a measured restriction on liberty in the interest of the public.

With respect to s. 15 of the *Charter*, McLachlin J.'s analysis was agreed with as equally applicable to the above reading of s. 672.54(a). Part XX.1 of the *Code* does not violate the equality rights of NCR accused. When viewed as a whole, NCR accused are not disadvantaged as compared to dangerous offenders. Rather, Part XX.1 provides for the least restrictive intrusion with the liberty interests of the accused consistent with protecting public safety. No negative message is sent about the worth or value of NCR accused. On the contrary, Parliament acknowledges that the needs of the NCR accused ought to be addressed by the criminal law system and that traditional sentencing principles cannot

non responsable criminellement est dangereux, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle. Même si les principes de justice fondamentale exigent une conclusion positive quant à la dangerosité de l'accusé, ils permettent que toute incertitude quant à l'étendue du risque que représente l'accusé soit tranchée au bénéfice de la sécurité du public. Le souci de la population pour qu'un accusé non responsable criminellement n'échappe pas à toute surveillance avant qu'il ne soit établi qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public est manifeste et légitime. Bien qu'une décision rendue en vertu de l'art. 672.54 touche le droit à la liberté individuelle et, de ce fait, entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte*, une analyse plus approfondie de la loi révèle le caractère minimal de l'incidence de l'art. 672.54 sur le droit à la liberté de l'accusé et l'existence de garanties procédurales bien établies. Le tribunal ou la commission d'examen se livre à un exercice de gestion du risque. La mise sous garde ou l'internement n'est opportun que s'il s'agit de la décision la moins sévère possible. L'article 672.54 n'a pas une portée excessive précisément parce qu'il est conçu pour s'adapter à la situation particulière de l'accusé non responsable criminellement. Si la punition n'est manifestement pas l'un des objectifs qui sous-tendent la partie XX.1, alors le principe corrélatif de la proportionnalité de la peine ne peut s'appliquer non plus. La partie XX.1 adapte le régime de droit criminel à la personne atteinte de troubles mentaux qui n'est pas responsable de l'acte criminel qu'elle commet. Aucune peine n'est infligée à un accusé non responsable criminellement parce qu'elle ne saurait être justifiée, ni pour lui ni pour la sécurité du public. La peine est remplacée par la décision la moins sévère et la moins privative de liberté permettant d'assurer la protection du public contre l'accusé non responsable criminellement et qui constitue une personne dangereuse. L'article 7 de la *Charte* permet une telle privation modulée de liberté dans l'intérêt public.

Pour ce qui est de l'art. 15 de la *Charte*, l'analyse du juge McLachlin est acceptée et s'applique également à l'interprétation exposée ci-dessus de l'al. 672.54(a). La partie XX.1 ne viole pas les droits à l'égalité de l'accusé non responsable criminellement. Vus dans leur ensemble, les accusés non responsables criminellement ne sont pas défavorisés par rapport aux délinquants dangereux. La partie XX.1 prévoit plutôt la décision la moins privative de liberté compte tenu de la nécessité de protéger le public. Aucun message négatif n'est transmis concernant la valeur de l'accusé non responsable criminellement. Au contraire, le législateur reconnaît que ses besoins doivent être pris en considération par le système

apply to them. Parliament has sent a message that the assessment of the NCR accused is to be dealt with the utmost consideration and prudence. Numerous procedural safeguards are provided. Part XX.1 is the legislative expression of a careful reconciliation of the interests of the NCR accused and society.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **disapproved:** *R. v. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL); **referred to:** *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722; *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733; *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *D.H. v. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL); *Chambers v. British Columbia (Attorney General)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 406; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Blackman v. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

By Gonthier J.

**Disapproved:** *R. v. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL); **referred to:** *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. LePage* (1997), 119 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Hebert*,

de justice pénale et que les principes traditionnels de détermination de la peine ne peuvent s'appliquer dans son cas. Le message transmis est que l'évaluation de l'accusé doit se faire avec le plus grand soin et la plus grande prudence. De nombreuses garanties procédurales s'appliquent. La partie XX.1 est l'expression législative de la juste conciliation des intérêts de l'accusé non responsable criminellement et de ceux de la collectivité.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêt critiqué:** *R. c. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL); **arrêts mentionnés:** *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733; *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *D.H. c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL); *Chambers c. British Columbia (Attorney General)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 406; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Blackman c. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

Citée par le juge Gonthier

**Arrêt critiqué:** *R. c. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL); **arrêts mentionnés:** *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. LePage* (1997), 119 C.C.C. (3d) 193;

[1990] 2 S.C.R. 151; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Attorney-General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *L'Hirondelle v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1998), 106 B.C.A.C. 9; *R. v. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766, leave to appeal denied, [1995] 1 S.C.R. ix; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124; *Winko v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1996), 79 B.C.A.C. 1; *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *R. v. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163; *British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) v. Johnson*, [1995] B.C.J. No. 2247 (QL); *Blackman v. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Oommen*, [1994] 2 S.C.R. 507; *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code (mental disorder) and to amend the National Defence Act and the Young Offenders Act in consequence thereof*, S.C. 1991, c. 43.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15(1).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], ss. 16(1), 614(2) [(formerly 542(2)) rep. *idem*], Part XX.1, 672.16, 672.17, 672.34, 672.38 [am. 1997, c. 18, s. 83], 672.39, 672.4(1), 672.41(1), 672.43, 672.45, 672.46, 672.47, 672.5, 672.54, 672.55, 672.63, 672.72, 672.81, 672.82(1), 718.1 [ad. c. 27 (1st Supp.)], s. 156], Part XXIV, 761.

*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 4, 5.

*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Attorney-General of Canada c. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *L'Hirondelle c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1998), 106 B.C.A.C. 9; *R. c. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 1 R.C.S. ix; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124; *Winko c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1996), 79 B.C.A.C. 1; *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269; *R. c. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163; *British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) c. Johnson*, [1995] B.C.J. No. 2247 (QL); *Blackman c. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507; *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15(1).

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], art. 16(1), 614(2) [(auparavant 542(2)) abr. *idem*], partie XX.1, 672.16, 672.17, 672.34, 672.38 [mod. 1997, ch. 18, art. 83], 672.39, 672.4(1), 672.41(1), 672.43, 672.45, 672.46, 672.47, 672.5, 672.54, 672.55, 672.63, 672.72, 672.81, 672.82(1), 718.1 [aj. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.)], art. 156], partie XXIV, 761.

*Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant en conséquence la Loi sur la défense nationale et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1991, ch. 43.

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 4, 5.

## Authors Cited

- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 7, October 9, 1991.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 14. *The Criminal Process and Mental Disorder*. Ottawa: Information Canada, 1975.
- Cocozza, Joseph J., and Henry J. Steadman. "The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence" (1976), 29 *Rutgers L. Rev.* 1084.
- Colvin, Eric. "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381. *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1992.
- Davis, Simon. "Assessing the 'Criminalization' of the Mentally Ill in Canada", *Can. J. Psychiatry*, 37(8) (October 1992): 532-38. *Dictionnaire de la langue française — Lexis*. Paris: Larousse, 1992.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ennis, Bruce J., and Thomas R. Litwack. "Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom" (1974), 62 *Cal. L. Rev.* 693.
- Ferguson, G. "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence" (1989), 14 *Queen's L.J.* 135.
- Harris, Grant T., Marnie E. Rice and Catherine A. Cormier. "Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders" (1991), 14 *Int'l J. L. & Psy.* 223.
- Hart, Stephen D., Christopher D. Webster and Robert J. Menzies. "A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions" (1993), 17 *Law & Hum. Behav.* 695.
- Hodgins, Sheilagh, ed. *Mental Disorder and Crime*. Newbury Park: Sage Publications, 1993.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1998, release 1).
- Laberge, Danielle, and Daphné Morin. "The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems" (1995), 18 *Int'l J. L. & Psy.* 389.
- Menzies, Robert J. "Psychiatry, Dangerousness and Legal Control". In Neil Boyd, ed., *The Social*

## Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. *Procès-verbaux et témoignages*. Fascicule n° 7, 9 octobre 1991.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 14. *Processus pénal et désordre mental*. Ottawa: Information Canada, 1975.
- Cocozza, Joseph J., and Henry J. Steadman. "The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence" (1976), 29 *Rutgers L. Rev.* 1084.
- Colvin, Eric. "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381. *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
- Davis, Simon. "Assessing the 'Criminalization' of the Mentally Ill in Canada", *Rev. can. psychiatrie*, 37(8) (octobre 1992): 532-38. *Dictionnaire de la langue française — Lexis*. Paris: Larousse, 1992.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ennis, Bruce J., and Thomas R. Litwack. "Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom" (1974), 62 *Cal. L. Rev.* 693.
- Ferguson, G. "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence" (1989), 14 *Queen's L.J.* 135.
- Harris, Grant T., Marnie E. Rice and Catherine A. Cormier. "Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders" (1991), 14 *Int'l J. L. & Psy.* 223.
- Hart, Stephen D., Christopher D. Webster and Robert J. Menzies. "A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions" (1993), 17 *Law & Hum. Behav.* 695.
- Hodgins, Sheilagh, ed. *Mental Disorder and Crime*. Newbury Park: Sage Publications, 1993.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1998, release 1).
- Laberge, Danielle, and Daphné Morin. "The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems" (1995), 18 *Int'l J. L. & Psy.* 389.
- Menzies, Robert J. "Psychiatry, Dangerousness and Legal Control". In Neil Boyd, ed., *The Social Dimensions of Law*. Scarborough, Ont.: Prentice-Hall Canada, 1986, 182.

- Dimensions of Law*. Scarborough, Ont.: Prentice-Hall Canada, 1986, 182.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic". In Christopher D. Webster, Mark H. Ben-Aron and Stephen J. Hucker, eds. *Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy*. New York: Cambridge University Press, 1985, 115.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 49.
- Mullen, Paul E. "The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk". In Warren Brookbanks, ed., *Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues*. Wellington: Brooker's Legal Information, 1996, 93.
- Nadin-Davis, R. Paul. *Sentencing in Canada*. Toronto: Carswell, 1982.
- Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Montréal: Dicorobert Inc., 1996.
- Ogloff, James R. P., et al. "Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?". In James R. P. Ogloff, ed., *Law and Psychology: The Broadening of the Discipline*. Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1992, 171.
- Prins, Herschel A. *Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder*. London; New York: Tavistock Publications, 1986.
- Random House Dictionary of the English Language*, 2nd ed. Toronto: Random House, 1987.
- Rennie, Ysabel Fisk. *The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1978.
- Rice, Marnie E., et al. "Recidivism Among Male Insanity Acquittes" (1990), 18 *J. Psychiatry & Law* 379.
- Roth, Martin, Sir. "Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981, 91.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Schiffer, Marc E. *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*. Toronto: Butterworths, 1978.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic". In Christopher D. Webster, Mark H. Ben-Aron and Stephen J. Hucker, eds. *Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy*. New York: Cambridge University Press, 1985, 115.
- Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 49.
- Mullen, Paul E. "The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk". In Warren Brookbanks, ed., *Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues*. Wellington: Brooker's Legal Information, 1996, 93.
- Nadin-Davis, R. Paul. *Sentencing in Canada*. Toronto: Carswell, 1982.
- Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Montréal: Dicorobert Inc., 1996.
- Ogloff, James R. P., et al. "Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?". In James R. P. Ogloff, ed., *Law and Psychology: The Broadening of the Discipline*. Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1992, 171.
- Prins, Herschel A. *Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder*. London; New York: Tavistock Publications, 1986.
- Random House Dictionary of the English Language*, 2nd ed. Toronto: Random House, 1987.
- Rennie, Ysabel Fisk. *The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1978.
- Rice, Marnie E., et al. "Recidivism Among Male Insanity Acquittes" (1990), 18 *J. Psychiatry & Law* 379.
- Roth, Martin, Sir. "Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981, 91.
- Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- Schiffer, Marc E. *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*. Toronto: Butterworths, 1978.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.

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

*Webster's Third New International Dictionary of the English Language*. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1986.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 84 B.C.A.C. 44, 137 W.A.C. 44, 112 C.C.C. (3d) 31, 4 C.R. (5th) 376, 40 C.R.R. (2d) 122, [1996] B.C.J. No. 2262 (QL), finding s. 672.54 of the *Criminal Code* to be constitutional. Appeal dismissed.

*David Mossop*, for the appellant.

*Harvey M. Groberman* and *Lisa J. Mrozinski*, for the respondents.

*Kenneth J. Yule* and *George G. Dolhai*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Eric H. Siebenmorgen* and *Riun Shandler*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Pierre Lapointe*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Janet L. Budgell* and *Jennifer August*, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

*Paul Burstein* and *Leslie Paine*, for the intervener Kenneth Samuel Cromie.

*Malcolm S. Jeffcock*, for the intervener Kevin George Wainwright.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie J.J. was delivered by

MCLACHLIN J. —

## I. Introduction

In every society there are those who commit criminal acts because of mental illness. The criminal law must find a way to deal with these people

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

*Webster's Third New International Dictionary of the English Language*. Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 84 B.C.A.C. 44, 137 W.A.C. 44, 112 C.C.C. (3d) 31, 4 C.R. (5th) 376, 40 C.R.R. (2d) 122, [1996] B.C.J. No. 2262 (QL), qui a conclu que l'art. 672.54 du *Code criminel* était constitutionnel. Pourvoi rejeté.

*David Mossop*, pour l'appelant.

*Harvey M. Groberman* et *Lisa J. Mrozinski*, pour les intimés.

*Kenneth J. Yule* et *George G. Dolhai*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Eric H. Siebenmorgen* et *Riun Shandler*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Pierre Lapointe*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Janet L. Budgell* et *Jennifer August*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

*Paul Burstein* et *Leslie Paine*, pour l'intervenant Kenneth Samuel Cromie.

*Malcolm S. Jeffcock*, pour l'intervenant Kevin George Wainwright.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

## I. Introduction

Dans toute société, il y a des gens qui commettent des actes criminels parce qu'ils souffrent d'une maladie mentale. Le droit criminel doit faire

fairly, while protecting the public against further harms. The task is not an easy one.

<sup>2</sup> In 1991 Parliament provided its answer to this challenge: Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The appellant Winko submits that Part XX.1 violates his rights to liberty, security of the person and equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The same issue is raised in the companion appeals of *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722, *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733 and *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744.

<sup>3</sup> I conclude that Part XX.1 of the *Criminal Code* protects the liberty, security of the person, and equality interests of those accused who are not criminally responsible (“NCR”) on account of a mental disorder by requiring that an absolute discharge be granted unless the court or Review Board is able to conclude that they pose a significant risk to the safety of the public. It follows that Part XX.1 does not deprive mentally ill accused of their liberty or security of the person in a manner contrary to the principles of fundamental justice. Nor does it violate their right to equal treatment under the law.

## II. Facts

<sup>4</sup> At the time of the Review Board disposition under appeal, Mr. Winko was a 47-year-old, single, unemployed man living at the Hampton Hotel in downtown Vancouver, British Columbia. He had been diagnosed with the mental illness of chronic residual schizophrenia. Indeed, the appellant has a long history of mental illness and hospitalization. On July 6, 1983, when Mr. Winko was 35, he was arrested for attacking two pedestrians on the street with a knife and stabbing one of them behind the ear. Prior to this incident, Mr. Winko had been hearing voices which he thought were coming from pedestrians saying, “why don’t you go and grab a woman and do her some harm?”, “you are going to the West End to kill someone”,

en sorte de traiter ces personnes de façon équitable tout en assurant la protection du public contre la récidive, ce qui n’est pas une tâche facile.

En 1991, le législateur a relevé le défi en adoptant la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L’appelant Winko prétend que cette partie porte atteinte aux droits à la liberté, à la sécurité de la personne et à l’égalité que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*. La même question est soulevée dans les pourvois connexes *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722, *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733, et *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744.

J’arrive à la conclusion que la partie XX.1 du *Code criminel* protège les droits à la liberté, à la sécurité de la personne et à l’égalité des accusés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux en exigeant qu’ils soient libérés inconditionnellement à moins que le tribunal ou la commission d’examen ne soit en mesure de conclure qu’ils représentent un risque important pour la sécurité du public. La partie XX.1 ne prive donc pas de leur liberté ni de la sécurité de leur personne, d’une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, les accusés atteints de maladie mentale. Elle ne porte pas non plus atteinte à leur droit à l’égalité devant la loi.

## II. Les faits

Lorsque la commission d’examen a rendu la décision contestée en l’espèce, M. Winko avait 47 ans, il était célibataire et sans emploi et il résidait à l’hôtel Hampton, au centre-ville de Vancouver, en Colombie-Britannique. Selon le diagnostic établi, il souffrait de schizophrénie chronique récurrente. Ce n’est pas d’hier qu’il est atteint de maladie mentale et qu’il est traité en milieu hospitalier. Le 6 juillet 1983, à l’âge de 35 ans, il a été arrêté après avoir agressé deux piétons avec un couteau, poignardant l’un d’eux derrière l’oreille. Avant cette agression, M. Winko avait entendu des voix, qu’il croyait être celles des piétons, lui disant [TRADUCTION] «pourquoi ne te jettes-tu pas sur une femme pour lui faire du mal?», «tu te rends au

“you know you can’t kill a woman”, and “you are a coward”. Winko was charged and taken to the Forensic Psychiatric Institute (“FPI”), where he continued to report auditory and visual hallucinations. In due course he was charged with aggravated assault, assault with a weapon, and possession of a weapon for purposes dangerous to the public peace. He was tried and found not criminally responsible.

From the NCR verdict in 1984 until August 7, 1990, Mr. Winko was held at the FPI. He was considered institutionalized. After his release, he lived in a series of hotels in the downtown eastside area of Vancouver. On June 1, 1994, he failed to appear at his Review Board hearing at the appointed time. However, he came to the Review Board Office later in the day, dirty, malodorous and complaining of being harassed by people on the street. He was readmitted to the FPI on June 6, 1994. He was cooperative, took his medication, and recovered rapidly.

Mr. Winko was returned to the community on July 5, 1994. This time, he went to live at the Hampton Hotel, run by the Mental Patients Association. The hotel is staffed by professional mental health workers who encourage residents to live independently. They also encourage residents to take their medication and communicate any concerns to the treatment team assigned to the patient.

In September 1994, Mr. Winko once again missed a medication injection, due in part to the failure of his doctor to keep track of the injections (which resulted in no one reminding Mr. Winko of the need for treatment). This led to a recurrence of the voices, and Mr. Winko voluntarily returned to the FPI in October 1994. He recovered rapidly and soon returned to the Hampton Hotel, where he has resided ever since.

Mr. Winko’s residence at the Hampton Hotel has never presented any particular problems.

West End pour tuer quelqu’un», «tu sais que tu ne peux pas tuer une femme» et «tu es un lâche». Monsieur Winko a été arrêté et emmené au Forensic Psychiatric Institute («FPI»), où il aurait continué d’avoir des hallucinations auditives et visuelles. Il a ensuite fait l’objet d’accusations de voies de fait graves, d’agression armée et de possession d’arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Un verdict de non-responsabilité criminelle (NRC) a été prononcé à l’issue du procès.

Entre le prononcé du verdict de NRC en 1984 et le 7 août 1990, M. Winko a été détenu au FPI. On le considérait comme un interné. Une fois son congé obtenu, il a vécu successivement dans plusieurs hôtels de la zone est du centre-ville de Vancouver. Le 1<sup>er</sup> juin 1994, il ne s’est pas présenté à l’heure à l’audition à laquelle la commission d’examen l’avait convoqué. Il s’est toutefois rendu au bureau de la commission d’examen plus tard dans la journée. Il était sale, sentait mauvais et se disait harcelé par des gens dans la rue. Il a été réadmis au FPI le 6 juin 1994. Il s’est montré coopératif, a pris ses médicaments et s’est rétabli rapidement.

Monsieur Winko a été réinséré dans la collectivité le 5 juillet 1994. Cette fois, il est allé habiter à l’hôtel Hampton, tenu par la Mental Patients Association. Le personnel de l’hôtel, qui se compose de travailleurs spécialisés en santé mentale, encourage les résidents à mener une vie autonome. Il les incite en outre à prendre leurs médicaments et à faire part de toute inquiétude à l’équipe de traitement assignée à chaque patient.

En septembre 1994, M. Winko a omis une autre fois de se présenter pour une injection, en partie parce que son médecin n’a pas assuré le suivi des injections (de sorte que personne ne lui a rappelé la nécessité de se soumettre au traitement). Il a recommencé à entendre des voix et il est retourné volontairement au FPI en octobre 1994. Il s’est rétabli rapidement et est retourné peu après à l’hôtel Hampton, où il demeure depuis.

La présence de M. Winko à l’hôtel Hampton n’a jamais posé de problèmes particuliers. Il s’entend

5

6

7

8

In general he interacts well with the other residents at the hotel. Despite occasional supervised breaks from medication due to side-effects (the most recent break of 18 months occurring in 1994), he has never been physically aggressive to anyone since the offences of 1983.

9 Mr. Winko's case illustrates many features often faced by a court or Review Board considering the status of an NCR accused: a concern, often based on events long past, requiring consideration of public safety before full release into society; a countervailing record of peaceful behaviour in more recent years; a medical record that indicates difficulties staying on medication and the possibility of recurrence of illness when lapses occur; and the fact that for most of his adult life, Mr. Winko has been subject to constraints on his liberty with no immediate prospect of release. This said, different cases present different scenarios. Sometimes the harm that leads to NCR status is as trivial as shoplifting. Sometimes it is as serious as homicide. Sometimes the accused has a record of perfect compliance with medication and medical directives. Sometimes compliance is a problem. Justice requires that the NCR accused be accorded as much liberty as is compatible with public safety. The difficulty lies in devising a rule and a system that permits this to be accomplished in each individual's case.

### III. Judgments Below

10 The Review Board considered Mr. Winko's status on May 29, 1995. The Review Board consisted of three people: N. J. Prelypchan, who acted as chairperson, Susan Irwin, and Dr. A. Marcus, a psychiatrist. By a vote of two to one, the Review Board granted Mr. Winko a conditional discharge. Dr. Marcus voted in favour of an absolute discharge. The majority expressed the opinion that Mr. Winko could become a significant risk to public safety in "certain circumstances", and

généralement bien avec les autres résidents. Malgré l'interruption occasionnelle et supervisée de la prise de ses médicaments à cause des effets secondaires (la plus récente datant de 1994 et ayant duré 18 mois), il ne s'est livré à aucune agression physique depuis les infractions perpétrées en 1983.

Le cas de M. Winko illustre plusieurs des éléments que le tribunal ou la commission d'examen doit souvent prendre en considération en examinant le cas d'un accusé non responsable criminellement: une inquiétude, souvent fondée sur des événements lointains, qui justifie que la sécurité du public soit assurée avant que l'accusé ne soit libéré inconditionnellement, un dossier faisant par ailleurs état de la conduite paisible de l'accusé au cours des dernières années, un dossier médical indiquant une inconstance dans la prise des médicaments et la possibilité de récurrence de la maladie en cas d'interruption, ainsi que le fait que, pendant presque toute sa vie d'adulte, M. Winko a vu sa liberté restreinte sans espoir de la recouvrer totalement dans un délai prévisible. Cela étant dit, les circonstances diffèrent d'un cas à l'autre. Parfois, l'acte qui est à l'origine du verdict de NRC est un simple vol à l'étalage. Parfois, il s'agit d'un crime grave, tel l'homicide. Il arrive aussi que l'accusé se conforme parfaitement aux directives de son médecin, y compris à la médication prescrite. Dans certains cas, le respect de ces directives constitue un problème. La justice exige que les accusés non responsables criminellement jouissent d'autant de liberté que la sécurité du public le permet. Il est toutefois difficile de concevoir une règle et un système qui permettent d'atteindre cet objectif dans tous les cas d'espèce.

### III. Les jugements des juridictions inférieures

La commission d'examen s'est penchée sur le cas de M. Winko le 29 mai 1995. Elle était composée de trois personnes, soit N. J. Prelypchan, qui agissait à titre de président, Susan Irwin, et Dr. A. Marcus, un psychiatre. À raison de deux voix contre une, la commission a rendu une décision portant libération conditionnelle. Le Dr. Marcus s'est prononcé en faveur de la libération inconditionnelle, mais la majorité a estimé que M. Winko pouvait représenter un risque important

suggested that a conditional discharge was consistent with the British Columbia Court of Appeal's decision in *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 ("*Orlowski No. 1*"). Ms. Irwin added: "I clearly acknowledge that there haven't been any incidents of threat to other people." Dr. Marcus, noting the absence of any evidence that Mr. Winko had been a danger to anyone since the index offence, concluded that there was "no indication . . . that he would relapse and continue to be or again commit an act which one could call a significant threat".

On July 29, 1996, a majority of the British Columbia Court of Appeal upheld on its merits the Review Board's decision to grant Mr. Winko a conditional discharge: (1996), 79 B.C.A.C. 1. Mr. Winko subsequently challenged the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* dealing with the review of NCR accused before a different panel of the Court of Appeal. A majority of that panel found that the provisions were constitutional and did not violate the *Charter*: (1996), 84 B.C.A.C. 44. Williams J.A., dissenting, found that the legislation imposed a burden of proof on the applicant contrary to s. 7 of the *Charter* that was not justified under s. 1. Mr. Winko appeals to this Court seeking a declaration that the *Criminal Code* provisions are unconstitutional and an order that he be granted an unconditional release.

#### IV. The Statutory Provisions

The following provisions of the *Criminal Code* are at issue:

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of

pour la sécurité du public dans [TRADUCTION] «certaines circonstances» et s'est dite d'avis qu'une libération conditionnelle était compatible avec la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 («*Orlowski n° 1*»). Madame Irwin a ajouté: [TRADUCTION] «. . . je reconnais certes qu'il n'y a pas eu d'autres incidents où l'intéressé a fait courir un risque à autrui». Après avoir souligné l'absence de toute preuve que M. Winko avait représenté un risque pour quiconque depuis la perpétration de l'infraction au dossier, le Dr Marcus a conclu que [TRADUCTION] «rien n'indique [. . .] qu'il rechutera et qu'il continuera de représenter un risque important ou qu'il commettra à nouveau un acte qui pourrait être ainsi qualifié».

Le 29 juillet 1996, les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont confirmé à la majorité le bien-fondé de la décision de la commission d'examen portant libération conditionnelle de M. Winko: (1996), 79 B.C.A.C. 1. Ce dernier a par la suite contesté devant une formation différente de la Cour d'appel la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui prévoient la tenue d'un examen relativement aux accusés non responsables criminellement. Cette formation a majoritairement conclu que les dispositions étaient constitutionnelles et ne violaient pas la *Charte*: (1996), 84 B.C.A.C. 44. Le juge Williams, dissident, a conclu que les dispositions faisaient reposer le fardeau de la preuve sur le demandeur, ce qui était contraire à l'art. 7 de la *Charte* et n'était pas justifié au sens de l'article premier. Monsieur Winko a interjeté appel devant notre Cour afin d'obtenir un jugement déclarant inconstitutionnelles les dispositions en cause et ordonnant sa libération inconditionnelle.

#### IV. Les dispositions législatives

Voici le texte des dispositions du *Code criminel* qui sont en cause:

16. (1) La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles

11

12

appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong.

**672.34** Where the jury, or the judge or provincial court judge where there is no jury, finds that an accused committed the act or made the omission that formed the basis of the offence charged, but was at the time suffering from mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection 16(1), the jury or the judge shall render a verdict that the accused committed the act or made the omission but is not criminally responsible on account of mental disorder.

**672.38 (1)** A Review Board shall be established or designated for each province to make or review dispositions concerning any accused in respect of whom a verdict of not criminally responsible by reason of mental disorder or unfit to stand trial is rendered, and shall consist of not fewer than five members appointed by the lieutenant governor in council of the province.

(2) A Review Board shall be treated as having been established under the laws of the province.

(3) No member of a Review Board is personally liable for any act done in good faith in the exercise of the member's powers or the performance of the member's duties and functions or for any default or neglect in good faith in the exercise of those powers or the performance of those duties and functions.

**672.39** A Review Board must have at least one member who is entitled under the laws of a province to practise psychiatry and, where only one member is so entitled, at least one other member must have training and experience in the field of mental health, and be entitled under the laws of a province to practise medicine or psychology.

**672.4 (1)** Subject to subsection (2), the chairperson of a Review Board shall be a judge of the Federal Court or of a superior, district or county court of a province, or a person who is qualified for appointment to, or has retired from, such a judicial office.

**672.41 (1)** Subject to subsection (2), the quorum of a Review Board is constituted by the chairperson, a member who is entitled under the laws of a province to practise psychiatry, and any other member.

**672.54** Where a court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to

mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

**672.34** Le jury ou, en l'absence de jury, le juge ou le juge de la cour provinciale, qui détermine que l'accusé a commis l'acte ou l'omission qui a donné lieu à l'accusation mais était atteint, à ce moment, de troubles mentaux dégageant sa responsabilité criminelle par application du paragraphe 16(1) est tenu de rendre un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux.

**672.38 (1)** Une commission d'examen est constituée ou désignée pour chaque province; elle est constituée d'un minimum de cinq membres nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil de la province et est chargée de rendre ou de réviser des décisions concernant les accusés qui font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux ou qui ont été déclarés inaptes à subir leur procès.

(2) La commission est réputée avoir été constituée en vertu du droit provincial.

(3) Les membres d'une commission d'examen ne peuvent être tenus personnellement responsables des actes accomplis de bonne foi dans l'exercice de leurs pouvoirs ou fonctions ou des manquements ou négligences survenus de bonne foi dans cet exercice.

**672.39** Doivent faire partie d'une commission d'examen, au moins une personne autorisée par le droit d'une province à exercer la psychiatrie et, s'il n'y a qu'un seul psychiatre, au moins une personne dont la formation et l'expérience relèvent de la santé mentale et qui est autorisée par le droit d'une province à exercer la médecine ou la profession de psychologue.

**672.4 (1)** Sous réserve du paragraphe (2), le président de la commission d'examen d'une province est un juge — ou un juge à la retraite — de la cour fédérale, d'une cour supérieure d'une province ou d'une cour de district ou de comté ou une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste.

**672.41 (1)** Sous réserve du paragraphe (2), le quorum d'une commission d'examen est constitué du président, d'un membre qui est autorisé par le droit d'une province à exercer la psychiatrie et d'un autre membre.

**672.54** Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins

protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

**672.81** (1) A Review Board shall hold a hearing not later than twelve months after making a disposition and every twelve months thereafter for as long as the disposition remains in force, to review any disposition that it has made in respect of an accused, other than an absolute discharge under paragraph 672.54(a).

(2) The Review Board shall hold a hearing to review any disposition made under paragraph 672.54(b) or (c) as soon as is practicable after receiving notice that the person in charge of the place where the accused is detained or directed to attend

(a) has increased the restrictions on the liberty of the accused significantly for a period exceeding seven days; or

(b) requests a review of the disposition.

Mr. Winko and his co-appellants on the companion appeals submit that s. 672.54 infringes their rights to liberty and security of the person guaranteed by s. 7 and their equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. They argue that neither infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. The relevant provisions of the *Charter* are as follows:

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

privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale:

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

**672.81** (1) La commission d'examen qui a rendu une décision à l'égard d'un accusé tient une nouvelle audition au plus tard douze mois après la décision et à l'intérieur de chaque période de douze mois suivante si la décision rendue en vertu de ces alinéas est toujours en vigueur, à l'exception d'une libération inconditionnelle prononcée en vertu de l'alinéa 672.54a).

(2) La commission d'examen tient une audition pour réviser toute décision rendue en vertu des alinéas 672.54b) ou c) le plus tôt possible après qu'elle est avisée que la personne responsable du lieu où l'accusé est détenu ou doit se présenter:

a) soit a procédé à un resserrement important des privations de liberté de celui-ci pendant une période supérieure à sept jours;

b) soit demande la révision de l'ordonnance.

Monsieur Winko et les appelants dans le cadre des pourvois connexes soutiennent que l'art. 672.54 porte atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne et aux droits à l'égalité que leur garantissent respectivement l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. Ils font valoir que cette atteinte n'est pas justifiée au sens de l'article premier. Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des

be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

#### V. Issues

14 The following three constitutional questions were stated by the Chief Justice on September 16, 1997:

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder, including people with a mental disability, who have been found not criminally responsible on account of mental disorder?
2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?
3. If so, can these infringements be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### VI. Analysis

##### A. *What Section 672.54 of the Criminal Code Requires*

15 The appellant argues that s. 672.54 infringes his rights to liberty, security of the person, and equality as guaranteed by the *Charter*. Before these

limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

#### V. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 16 septembre 1997:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux — y compris celles atteintes de déficiences mentales — qui, pour cette cause, font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle?
2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?
3. Si oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### VI. Analyse

##### A. *Les exigences de l'art. 672.54 du Code criminel*

L'appelant prétend que l'art. 672.54 porte atteinte aux droits à la liberté, à la sécurité de la personne et à l'égalité que lui garantit la *Charte*.

arguments can be considered, we must ascertain precisely how s. 672.54 affects those rights. In a very real sense, the dispute on this appeal focuses not on the *Charter*, so much as on how s. 672.54 should be read. The appellant and his co-appellants contend that the section creates a presumption of dangerousness and improperly shifts the burden of proving the contrary to the NCR accused, introducing the possibility that he or she may remain under liberty constraints indefinitely. They argue that, in the past, courts and Review Boards have interpreted these provisions of the *Criminal Code* as creating such a presumption.

Regardless of what courts and Review Boards may have done in the past, I cannot accept the interpretation of s. 672.54 proposed by the appellants. The history, purpose and wording of s. 672.54 of the *Code* indicate that Parliament did not intend NCR accused to carry the burden of disproving dangerousness. Rather, Parliament intended to set up an assessment-treatment system that would identify those NCR accused who pose a significant threat to public safety, and treat those accused appropriately while impinging on their liberty rights as minimally as possible, having regard to the particular circumstances of each case. I conclude that this scheme fulfills these goals in a manner that does not infringe the appellants' rights under either s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*.

1. The History, Structure and Purpose of Part XX.1

Historically at common law, those who committed criminal acts while mentally ill were charged and required to stand trial like other offenders. At the end of the trial, they were either acquitted or convicted and sentenced accordingly. The common law permitted no special verdict or disposition. The only concession made to the illness that induced the offence was the accused's right to raise the defence that he or she was unable to understand the nature and quality of the act, the *M'Naghten Rules*: see *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718 (H.L.). The law held

Avant d'examiner cet argument, nous devons déterminer avec précision la façon dont l'art. 672.54 agit sur ces droits. En réalité, le litige porte beaucoup moins sur l'application de la *Charte* que sur l'interprétation appropriée de l'art. 672.54. Monsieur Winko et les coappellants font valoir que cette disposition crée une présomption de dangerosité et impose indûment à l'accusé non responsable criminellement le fardeau de la réfuter, exposant ainsi ce dernier à une prolongation indéfinie des privations de liberté. Ils soutiennent que, par le passé, tribunaux et commissions d'examen ont conclu que ces dispositions du *Code criminel* établissaient une telle présomption.

Peu importe les conclusions tirées par les tribunaux et les commissions d'examen jusqu'à ce jour, je ne peux accepter l'interprétation de l'art. 672.54 que proposent les appelants. L'historique, l'objet et le libellé de cette disposition du *Code* indiquent que l'intention du législateur n'était pas d'imposer aux accusés non responsables criminellement le fardeau de réfuter une présomption de dangerosité, mais plutôt d'établir un système permettant d'évaluer ces personnes afin de déterminer si elles représentent un risque important pour la sécurité du public et de leur prodiguer des soins adéquats et ce, en restreignant le moins possible leur liberté, compte tenu de la situation personnelle de chaque personne. Je conclus que la mise en œuvre de ce régime réalise ces objectifs sans porter atteinte aux droits garantis aux appelants à l'art. 7 ou au par. 15(1) de la *Charte*.

1. L'historique, la structure et l'objet de la partie XX.1

Historiquement, en common law, la personne qui commettait un acte criminel alors qu'elle souffrait de maladie mentale était accusée et devait subir un procès comme tout autre contrevenant. À la fin du procès, elle était alors soit acquittée, soit déclarée coupable et condamnée à une peine. La common law n'autorisait aucun verdict ou mesure spécial. La seule dérogation prévue en raison de la maladie qui avait entraîné l'infraction était le droit de l'accusé d'invoquer la défense d'incapacité à juger de la nature et de la qualité de l'acte; il s'agit des *Règles M'Naghten*: voir *M'Naghten's Case*

16

17

that such incapacity deprived the mentally ill accused person of the criminal intent or *mens rea* required for the offence. Sanity, however, was presumed; it was up to the accused to demonstrate the contrary.

18 Until 1990, the provisions of the *Criminal Code* dealing with criminal acts committed as a result of mental illness reflected the common law approach of treating those offences like any others, subject to the special defence of not understanding the nature and quality of the act. The only verdicts available under the *Criminal Code* were conviction or acquittal. However, even where the accused was acquitted on the basis of mental illness, he or she was not released, but was automatically detained at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council: *Criminal Code*, s. 614(2) (formerly s. 542(2)) (repealed S.C. 1991, c. 43, s. 3).

19 The first *Charter* challenge against this system came in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, where a majority of this Court ruled that the requirement that the accused prove an inability to understand the nature and quality of his or her act violated the accused's right to be presumed innocent, but that the burden was constitutionally saved under s. 1. A second *Charter* challenge came in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, where this Court struck down the provision for automatic, indefinite detention of an NCR accused on the basis that it violated the accused's s. 7 liberty rights.

20 In response to *Swain*, Parliament introduced sweeping changes by enacting Part XX.1 of the *Criminal Code* in 1991: *An Act to amend the Criminal Code (mental disorder) and to amend the National Defence Act and the Young Offenders Act in consequence thereof*, S.C. 1991, c. 43. Part XX.1 reflected an entirely new approach to the problem of the mentally ill offender, based on a

(1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718 (H.L.). Sur le plan juridique, cette inaptitude faisait en sorte que l'accusé affligé d'une maladie mentale ne pouvait avoir eu l'intention criminelle ou *mens rea* exigée à l'égard de l'infraction. La santé mentale était toutefois présumée, et il appartenait à l'accusé de prouver l'aliénation.

Jusqu'en 1990, les dispositions du *Code criminel* applicables à l'égard des actes criminels perpétrés à cause d'une maladie mentale reprenaient les principes de la common law selon lesquels les auteurs de tels actes devaient être considérés comme tous les autres contrevenants, sous réserve de la défense spéciale d'inaptitude à juger de la nature et de la qualité de l'acte commis. Les seuls verdicts possibles en application du *Code criminel* étaient la culpabilité ou l'acquiescement. Toutefois, l'accusé, même s'il était acquitté pour cause d'aliénation mentale, n'était pas libéré, mais automatiquement détenu jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil soit connu: *Code criminel*, par. 614(2) (auparavant par. 542(2)) (abrogé L.C. 1991, ch. 43, art. 3).

Ce système a été contesté pour la première fois sur le fondement de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Notre Cour a alors statué à la majorité que l'exigence que l'accusé prouve son inaptitude à juger de la nature et de la qualité de ses actes violait son droit à la présomption d'innocence, mais qu'elle était sauvegardée au sens de l'article premier. Sa constitutionnalité a de nouveau été soulevée dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933. Notre Cour a alors invalidé, pour le motif qu'elle portait atteinte au droit à la liberté garanti à l'art. 7, la disposition prévoyant la détention automatique pendant une période indéterminée de l'accusé non responsable criminellement.

En 1991, pour donner suite à l'arrêt *Swain*, le Parlement a opéré une réforme en profondeur en adoptant la partie XX.1 du *Code criminel*: *Loi modifiant le Code criminel (troubles mentaux) et modifiant en conséquence la Loi sur la défense nationale et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1991, ch. 43. La partie XX.1 proposait une solution entièrement nouvelle au problème de la

growing appreciation that treating mentally ill offenders like other offenders failed to address properly the interests of either the offenders or the public. The mentally ill offender who is imprisoned and denied treatment is ill-served by being punished for an offence for which he or she should not in fairness be held morally responsible. At the same time, the public facing the unconditional release of the untreated mentally ill offender was equally ill-served. To achieve the twin goals of fair treatment and public safety, a new approach was required.

Part XX.1 rejects the notion that the only alternatives for mentally ill people charged with an offence are conviction or acquittal; it proposes a third alternative. Under the new scheme, once an accused person is found to have committed a crime while suffering from a mental disorder that deprived him or her of the ability to understand the nature of the act or that it was wrong, that individual is diverted into a special stream. Thereafter, the court or a Review Board conducts a hearing to decide whether the person should be kept in a secure institution, released on conditions, or unconditionally discharged. The emphasis is on achieving the twin goals of protecting the public and treating the mentally ill offender fairly and appropriately.

Daniel Préfontaine, then an Assistant Deputy Minister at the Department of Justice, summarized the objectives of Part XX.1 before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General:

The legislative proposals continue the long-standing objective of protecting the public from presently dangerous people who have committed offences, and the long-standing principle of fundamental fairness we have had in our laws that we do not convict people who are incapable of knowing what they are doing.

The aim of the bill is twofold: to improve protection for society against those few mentally disordered

criminalité imputable à la maladie mentale en souscrivant à l'opinion de plus en plus répandue selon laquelle traiter le contrevenant atteint de troubles mentaux comme tout autre contrevenant ne tenait convenablement compte ni de ses droits ni de ceux du public. Le contrevenant atteint de troubles mentaux qui est incarcéré et privé de soins est lésé, car on le punit pour une infraction dont il ne devrait pas, en toute équité, être tenu moralement responsable. Par ailleurs, le public subit lui aussi un préjudice en ce que sa sécurité est menacée par la libération inconditionnelle du contrevenant sans que celui-ci n'ait suivi quelque traitement. Un nouveau régime s'imposait donc afin de répondre au double objectif de traiter équitablement le contrevenant et d'assurer la sécurité du public.

La partie XX.1 se dissocie de la notion voulant que le malade mental accusé d'une infraction puisse seulement être déclaré coupable ou acquitté; elle propose une troisième voie. Désormais, une fois établi que, lorsqu'il a commis le crime, il souffrait d'une maladie mentale qui l'empêchait de juger de la nature de l'acte ou de savoir que celui-ci était mauvais, l'accusé fait l'objet d'une procédure spéciale. Le tribunal ou une commission d'examen tient alors une audition pour déterminer si la personne devrait être détenue dans un établissement sécuritaire, libérée sous condition ou libérée inconditionnellement. L'accent est mis sur la réalisation des deux objectifs que sont la protection du public et le traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux.

Daniel Préfontaine, alors sous-ministre adjoint de la Justice, a résumé comme suit les objectifs de la partie XX.1 devant le Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général:

Le projet de loi reflète notre objectif de longue date, à savoir protéger la population contre des personnes actuellement dangereuses qui ont commis des infractions ainsi que le principe de justice fondamentale depuis longtemps reconnu dans nos lois et qui nous interdit de condamner les personnes incapables d'apprécier ce qu'elles font.

Le projet de loi a un double objectif: assurer à la société une meilleure protection contre les quelques

21

22

accused who are dangerous; and to recognize that mentally disordered offenders need due process, fundamental fairness and need the rights accorded to them for their protection when they come into conflict with the criminal law.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, Issue No. 7, October 9, 1991, at p. 6.)

accusés atteints de troubles mentaux et qui sont dangereux et reconnaître que les contrevenants atteints de troubles mentaux doivent bénéficier d'une procédure équitable et de principes de justice fondamentale; ils ont besoin que l'on respecte les droits qui leur ont été accordés pour leur protection lorsqu'ils auront des démêlés avec le droit criminel.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général*, fascicule n° 7, 9 octobre 1991, à la p. 6.)

23

Part XX.1 of the *Criminal Code* rests on the characterization of the person who commits an offence while mentally ill as “not criminally responsible”, or NCR: s. 16. Under the new regime, once a judge or jury enters a verdict of “not criminally responsible on account of mental disorder”, the person found NCR becomes subject to the provisions of Part XX.1. The court may, either on its own motion or on application by the prosecutor or the NCR accused, hold a disposition hearing: s. 672.45(1). At such a hearing, the court may make an immediate disposition with respect to the accused if it is satisfied that a disposition should be made without delay and that it can do so readily in the circumstances: s. 672.45(2). If the court does not make a disposition, the custodial provisions in force at the time of the verdict continue until a hearing is held by the Review Board of the province, established under s. 672.38 of the *Code*: s. 672.46(1).

Le principe fondateur de la partie XX.1 du *Code criminel* est que la personne qui commet une infraction alors qu'elle est atteinte de troubles mentaux n'engage pas sa «responsabilité criminelle»: art. 16. Dans le cadre du nouveau régime, dès lors qu'un juge ou un jury rend un verdict de «non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux», la personne visée par ce verdict tombe sous le coup de la partie XX.1. Le tribunal peut d'office, et doit, à la demande du poursuivant ou de l'accusé non responsable criminellement, tenir une audition pour déterminer la décision à rendre: par. 672.45(1). Au cours de cette audition, le tribunal peut immédiatement rendre une décision à l'égard de l'accusé s'il est convaincu qu'une décision devrait être rendue sans délai et qu'il est en mesure de rendre une telle décision dans les circonstances: par. 672.45(2). Dans le cas où le tribunal ne rend pas de décision, les conditions de détention applicables au moment du verdict demeurent les mêmes jusqu'à ce qu'une audition soit tenue par la commission d'examen constituée dans la province en application de l'art. 672.38 du *Code criminel*: par. 672.46(1).

24

The Review Board is chaired by a judge of the Federal Court, a judge of a superior, district or county court of a province, or a person who is qualified for appointment to or has retired from such a judicial office: s. 672.4(1). At least one member must be a psychiatrist, and where only one member is a psychiatrist, at least one other member must have training and experience in the field of mental health and be entitled to practice medicine or psychology: ss. 672.39 and 672.41.

La commission d'examen est présidée par un juge ou un juge à la retraite de la Cour fédérale, d'une cour supérieure d'une province ou d'une cour de district ou de comté ou par une personne qui remplit les conditions de nomination à un tel poste: par. 672.4(1). Au moins un de ses membres doit être psychiatre, et s'il n'y en a qu'un seul, un autre membre au moins doit avoir une formation et de l'expérience dans le domaine de la santé mentale et être autorisé à exercer la médecine ou la profession de psychologue: art. 672.39 et 672.41.

If the court has not made a disposition with respect to the accused after the NCR verdict, the Review Board must hold a hearing and make a disposition as soon as practicable, but not later than 45 days after the verdict is rendered (although the court may extend this time period to 90 days in exceptional circumstances): ss. 672.47(1) and 672.47(2). If the court has made any disposition other than an absolute discharge, the Review Board must hold a hearing and make a disposition before that disposition expires and, in any event, within 90 days after the court's initial order: ss. 672.47(3) and 672.55(2).

Whether the hearing is held by the court after the NCR verdict is rendered or by the Review Board at a later date, the proceedings are conducted in accordance with s. 672.5. The procedure at the hearing is informal. The Crown does not necessarily appear. The court or Review Board may designate as a party any person who has a substantial interest in protecting the rights of the NCR accused: s. 672.5(4). The NCR accused has a right to counsel and is entitled to be present throughout, except in certain specified circumstances: s. 672.5(7), (9), (10). Any party may present evidence, make oral or written submissions, call witnesses, cross-examine any witnesses called by another party and, on application, cross-examine any person who has submitted a written assessment report to the court or Review Board: s. 672.5(11). If the hearing is being held by a Review Board, that body has all the powers conferred on a commissioner by ss. 4 and 5 of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11: ss. 672.43 and 672.5. Finally, any party may request that the court or Review Board compel the attendance of witnesses: s. 672.5(12).

Dans le cas où le tribunal ne rend pas de décision à l'égard de l'accusé après que le verdict de NRC a été rendu, la commission d'examen doit tenir une audition et rendre une décision le plus tôt possible après le verdict mais au plus tard 45 jours après le prononcé de celui-ci (bien que le tribunal puisse prolonger ce délai jusqu'à un maximum de 90 jours dans des circonstances exceptionnelles): par. 672.47(1) et 672.47(2). Dans le cas où le tribunal a rendu une décision autre qu'une libération inconditionnelle, la commission d'examen doit tenir une audition et rendre une décision au plus tard à la fin de la période de validité de cette décision mais dans tous les cas avant l'expiration de la période de 90 jours qui suit la décision initiale du tribunal: par. 672.47(3) et 672.55(2).

Que l'audition soit tenue par le tribunal après le prononcé du verdict de NRC ou par la commission d'examen à un moment ultérieur, l'instance doit se dérouler conformément à l'art. 672.5. L'audition se déroule de façon informelle. Le ministère public n'y participe pas nécessairement. Le tribunal ou la commission d'examen peut accorder le statut de partie à toute personne qui possède un intérêt substantiel dans les procédures afin de protéger les intérêts de l'accusé non responsable criminellement: par. 672.5(4). L'accusé a le droit d'être représenté par avocat et celui d'être présent durant toute l'audition, sauf dans certains cas précis: par. 672.5(7), (9), (10). Toute partie peut présenter des éléments de preuve, faire des observations, oralement ou par écrit, appeler des témoins et contre-interroger les témoins que les autres parties ont appelés et, si un rapport d'évaluation a été présenté par écrit au tribunal ou à la commission d'examen, peut, après en avoir demandé l'autorisation, en contre-interroger l'auteur: par. 672.5(11). Si l'audition est tenue par une commission d'examen, cette dernière est investie des pouvoirs que les art. 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, accordent aux commissaires: art. 672.43 et 672.5. Enfin, une partie peut demander au tribunal ou à la commission d'examen d'ordonner la présence d'un témoin à l'audition: par. 672.5(12).

27 Any disposition regarding an NCR accused must be made in accordance with s. 672.54. The court or Review Board may order that the NCR accused be discharged absolutely, that he or she be discharged on conditions, or that he, or she be detained in a hospital and subject to the conditions the court or Review Board considers appropriate. Although the court or Review Board has a wide latitude in determining the appropriate conditions to be imposed, it can only order that psychiatric or other treatment be carried out if the NCR accused consents to that condition, and the court or Review Board considers it to be reasonable and necessary: s. 672.55(1).

28 The Review Board must hold a further hearing within 12 months of making any disposition other than an absolute discharge and further reviews must be conducted at least every 12 months thereafter: s. 672.81(1). A further hearing also must be held as soon as practicable when the restrictions on the liberty of the NCR accused are increased significantly, or upon the request of the person in charge of the place where the accused is detained or directed to attend: s. 672.81(2). Apart from these mandatory reviews, the Review Board may review any of its dispositions at any time, on the request of the accused or any other party: s. 672.82(1). Any party may appeal against a disposition by a court or the Review Board to the Court of Appeal on a question of law or fact or a question of mixed law and fact: s. 672.72(1).

29 Part XX.1 thus places obligations on both the court that enters the NCR verdict, and which may then consider making an appropriate disposition immediately, and the Review Board that will eventually assume continuing responsibility for the NCR accused. I acknowledge that the provisions clearly emphasize the role to be played by the specialized Review Board in the ongoing assessment and management of the NCR accused and, indeed, it is likely that most inquiries will be conducted by

Toute décision à l'égard d'un accusé non responsable criminellement doit être prise conformément à l'art. 672.54. Le tribunal ou la commission d'examen peut rendre une décision portant libération inconditionnelle de l'accusé non responsable criminellement, une décision portant libération de l'accusé sous réserve de modalités, ou une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités qu'il juge indiquées. Bien que le tribunal ou la commission d'examen dispose d'une grande latitude pour déterminer les modalités qu'il convient d'imposer, il ne peut ordonner que l'accusé non responsable criminellement se soumette à un traitement, notamment un traitement psychiatrique, que s'il estime que le traitement est raisonnable et nécessaire et si l'accusé y consent: par. 672.55(1).

La commission d'examen doit tenir une nouvelle audition au plus tard 12 mois après toute décision autre qu'une décision portant libération inconditionnelle, et à l'intérieur de chaque période de 12 mois suivante: par. 672.81(1). En outre, une nouvelle audition doit avoir lieu le plus tôt possible lorsque les privations de liberté de l'accusé non responsable criminellement ont fait l'objet d'un resserrement important ou que la personne responsable du lieu où l'accusé est détenu ou doit se présenter en fait la demande: par. 672.81(2). Outre ces nouvelles auditions obligatoires, la commission d'examen peut, en tout temps, tenir une audition à la demande de l'accusé ou de toute autre partie: par. 672.82(1). Toute partie aux procédures peut interjeter appel à la Cour d'appel d'une décision rendue par un tribunal ou une commission d'examen, pour tout motif de droit ou de fait, ou pour un motif mixte de droit et de fait: par. 672.72(1).

La partie XX.1 impose donc des obligations tant au tribunal qui prononce le verdict de NRC et qui peut alors décider qu'il est approprié de rendre immédiatement une décision, qu'à la commission d'examen qui, en définitive, aura une responsabilité constante à l'égard de l'accusé non responsable criminellement. Je conviens que les dispositions en cause insistent clairement sur le rôle que doit jouer la commission d'examen, organisme spécialisé, en ce qui concerne l'évaluation et le traitement

the Review Board in practice. This appeal, however, is primarily concerned with the interpretation of s. 672.54, which sets out the dispositions available to the court or the Review Board. To be consistent with the language used in the *Criminal Code*, these reasons will therefore continue to refer to the decision-maker as the “court or Review Board”.

These procedures and the principles underlying them represent a fundamental departure from the common law approach to those who commit offences while mentally ill. Instead of the stark alternatives of guilt or innocence, leavened only by the *M’Naghten Rules*, Part XX.1 offers a new alternative. The NCR accused is to be treated in a special way in a system tailored to meet the twin goals of protecting the public and treating the mentally ill offender fairly and appropriately. Under the new approach, the mentally ill offender occupies a special place in the criminal justice system; he or she is spared the full weight of criminal responsibility, but is subject to those restrictions necessary to protect the public.

The verdict of NCR under Part XX.1 of the *Criminal Code*, as noted, is not a verdict of guilt. Rather, it is an acknowledgement that people who commit criminal acts under the influence of mental illnesses should not be held criminally responsible for their acts or omissions in the same way that sane responsible people are. No person should be convicted of a crime if he or she was legally insane at the time of the offence: *Swain, supra*, at p. 976. Criminal responsibility is appropriate only where the actor is a discerning moral agent, capable of making choices between right and wrong: *Chaulk, supra*, at p. 1397; G. Ferguson, “A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, at p. 140. For this reason, s. 16(1) of the *Criminal Code* exempts from criminal responsibility those suffering from mental disorders that render them incapable either of appreci-

périodiques de l’accusé et, en fait, il est probable qu’en pratique, la plupart des enquêtes seront menées par la commission d’examen. Le présent pourvoi, cependant, porte principalement sur l’interprétation de l’art. 672.54, lequel énumère les décisions que le tribunal ou la commission d’examen peuvent rendre. De façon à ce que les présents motifs soient compatibles avec le libellé du *Code criminel*, je continuerai d’utiliser l’expression «le tribunal ou la commission d’examen» pour renvoyer à l’instance décisionnelle.

Les procédures en cause et les principes qui les sous-tendent s’écartent fondamentalement des principes de common law applicables au contrevenant atteint de troubles mentaux. Au lieu d’offrir une alternative entre deux extrêmes, la culpabilité ou l’innocence, tempérée seulement par les *Règles M’Naghten*, la partie XX.1 prévoit une autre possibilité. L’accusé non responsable criminellement a droit à un traitement spécial dans le cadre d’un système conçu pour atteindre le double objectif de la protection du public et du traitement juste et approprié du contrevenant atteint de troubles mentaux. Ce dernier jouit désormais d’un statut particulier au sein du système de justice pénale en ce qu’il échappe à la pleine responsabilité criminelle, tout en faisant l’objet des restrictions nécessaires à la protection du public.

Comme je l’ai déjà signalé, le verdict de NRC rendu en application de la partie XX.1 du *Code criminel* ne constitue pas un verdict de culpabilité. Il reconnaît plutôt que la personne qui commet un acte criminel alors qu’elle est atteinte de troubles mentaux ne doit pas être tenue criminellement responsable de ses actes ou de ses omissions de la même manière qu’une personne saine d’esprit. La personne qui était aliénée d’un point de vue légal au moment de l’infraction ne doit pas être déclarée coupable: *Swain, précité*, à la p. 976. La responsabilité criminelle n’est appropriée que lorsque l’acteur est une personne douée de discernement moral, capable de choisir entre le bien et le mal: *Chaulk, précité*, à la p. 1397; G. Ferguson, «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, à la p. 140. C’est pourquoi le par. 16(1) du *Code criminel*

30

31

ating the nature and quality of their criminal acts or omissions, or of knowing that those acts or omissions were wrong.

32 Nor is the verdict that a person is NCR a verdict of acquittal. Although people may be relieved of criminal responsibility when they commit offences while suffering from mental disorders, it does not follow that they are entitled to be released absolutely. Parliament may properly use its criminal law power to prevent further criminal conduct and protect society: *Swain*, at p. 1001. By committing acts proscribed by the *Criminal Code*, NCR accused bring themselves within the criminal justice system, raising the question of what, if anything, is required to protect society from recurrences. As Professor Colvin in “Exculpatory Defences in Criminal Law” (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, at p. 392, puts it:

When insanity provides an exculpatory defence, the actor remains very much the concern of the criminal law. The insanity rules identify special mental conditions under which persons cannot be expected to ensure that their conduct conforms to the requirements of law; and therefore the general law of criminal culpability is unsuited. The actor is formally acquitted because mental impairment has made the standard penal sanctions inappropriate. Alternative coercive measures may, however, be taken because of the potential dangerousness of the condition.

33 The preventative or protective jurisdiction exercised by the criminal law over NCR offenders extends only to those who present a significant threat to society. As Lamer C.J. stated in *Swain* at p. 1008: “As the individual becomes less of a threat to society, the criminal law progressively loses authority”. The only justification there can be for the criminal law detaining a person who has not been found guilty (or is awaiting trial on an issue of guilt) is maintaining public safety. Once an NCR accused is no longer a significant threat to

exclut la responsabilité criminelle de la personne atteinte de troubles mentaux qui la rendent incapable de juger de la nature ou de la qualité d’un acte ou d’une omission constituant une infraction, ou de savoir que l’acte ou l’omission est mauvais.

Le verdict de NRC n’équivaut pas non plus à un verdict d’acquiescement. Bien que la personne qui commet une infraction alors qu’elle souffre de troubles mentaux puisse ne pas être tenue criminellement responsable de ses actes, il ne s’ensuit pas qu’elle a droit à une libération inconditionnelle. Le législateur peut à juste titre exercer sa compétence en droit criminel pour empêcher la perpétration d’autres actes criminels et protéger la société: *Swain*, à la p. 1001. Parce qu’il a commis un acte prohibé par le *Code criminel*, l’accusé non responsable criminellement ressortit au système de justice pénale. La question se pose dès lors de savoir quelle mesure, s’il en est, est susceptible de protéger la société contre la récidive. Comme le dit le professeur Colvin dans «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, à la p. 392:

[TRADUCTION] Quand l’aliénation mentale fournit une défense disculpatoire, l’acteur n’en demeure pas moins sous le coup du droit criminel. Les règles en matière d’aliénation mentale déterminent des états mentaux particuliers qui font qu’on ne peut s’attendre que les personnes atteintes puissent faire en sorte que leur conduite soit conforme aux exigences de la loi; par conséquent, le droit général en matière de responsabilité criminelle ne convient pas. L’acteur est acquitté de façon formelle parce que le trouble mental rend inadéquates les sanctions pénales ordinaires. D’autres mesures coercitives peuvent cependant être prises en raison du danger potentiel que comporte cet état mental.

La compétence en matière de prévention et de protection que confère le droit criminel à l’endroit des contrevenants non responsables criminellement ne vise que les personnes qui représentent un risque important pour la société. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans *Swain*, à la p. 1008: «À mesure que s’amenuise le danger que présente l’individu pour la société, le droit criminel perd progressivement son emprise». La détention d’une personne qui n’a pas été déclarée coupable (ou qui attend la tenue du procès où il sera statué sur sa

public safety, the criminal justice system has no further application.

This raises a terminological point. Under the old provisions of the *Criminal Code* based on the common law rule, the accused relieved of criminal responsibility by reason of insanity was referred to as an NCR “acquitted”. This was because, as explained, the person was viewed as acquitted for want of *mens rea* or criminal intent: *Chaulk, supra*; *Swain, supra*. Under Part XX.1, by contrast, the NCR offender is not acquitted. He or she is simply found to be not criminally responsible. People who fall within the scope of Part XX.1 are more appropriately referred to as simply NCR accused, the terminology in fact employed by the *Code*, and which has been used in these reasons.

If the NCR verdict is not a verdict of guilt or an acquittal, neither is it a verdict that the NCR accused poses a significant threat to society. Part XX.1 does not presume the NCR accused to pose such a threat. Rather, it requires the court or the Review Board to assess whether such a threat exists in each case. Part XX.1 thus recognizes that, contrary to the stereotypical notions that some may still harbour, the mentally ill are not inherently dangerous. The mentally ill have long been subject to negative stereotyping and social prejudice in our society based on an assumption of dangerousness: *Swain, supra*, at p. 994; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, at p. 586. As Dr. Paul Mullen writes:

There is a widely held belief in our culture that the mentally ill are predisposed to act in a violent and dangerous

culpabilité) n’est justifiée en application du droit criminel que si elle vise à assurer la sécurité du public. À partir du moment où l’accusé non responsable criminellement ne représente plus un risque important pour la sécurité du public, le système de justice pénale perd toute compétence à son égard.

Cela soulève une question d’ordre terminologique. Aux termes des anciennes dispositions du *Code criminel* fondées sur la règle établie en common law, l’accusé qui, pour cause d’aliénation mentale, n’était pas tenu criminellement responsable était considéré comme une «personne acquittée». Il en était ainsi parce que l’acquiescement découlait de l’absence de *mens rea* ou intention criminelle: *Chaulk* et *Swain*, précités. Suivant la partie XX.1 en revanche, le contrevenant non responsable criminellement n’est pas acquitté. On considère seulement que sa responsabilité criminelle n’a pas été engagée. Les personnes auxquelles s’applique la partie XX.1 sont simplement appelées, à plus juste titre, accusés non responsables criminellement; ce sont les termes employés dans le *Code*, de même que dans les présents motifs.

S’il ne constitue pas un verdict de culpabilité ou d’acquiescement, le verdict de NRC n’est pas non plus un verdict portant que l’accusé qui en fait l’objet représente un risque important pour la société. La partie XX.1 n’établit pas une présomption que l’accusé non responsable criminellement représente un tel risque. Elle prévoit plutôt que le tribunal ou la commission d’examen doit déterminer dans chaque cas si l’accusé représente un tel risque. Elle reconnaît donc, contrairement aux stéréotypes qui peuvent encore subsister chez certains, que la personne souffrant de maladie mentale n’est pas en soi dangereuse. Stéréotypes négatifs et préjugés sociaux fondés sur une présomption de dangerosité ont longtemps sévi dans notre société à l’égard des malades mentaux: *Swain*, précité, à la p. 994; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, à la p. 586. Comme l’écrit le Dr Paul Mullen:

[TRADUCTION] Il existe dans notre culture une croyance largement répandue voulant que les malades mentaux

34

35

manner. . . This prejudice has deep roots. In Greek and Roman writings the defining characteristics of madness were violence in combination with being out of touch with reality and having a tendency to wander. . . The origins of such beliefs probably lie in the unease which acutely mentally disturbed individuals produce in those around them. Their unpredictable, strange and often inappropriately intrusive behaviours easily produce a reaction of fear. When we experience fear, we all too readily attribute that fear to dangerousness in the exciting object, rather than considering whether our reactions may not be excessive or misplaced. The more frightened we become, the more dangerous we assume that which excites the fear is.

(“The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk”, Chapter 4 in *Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues*, W. Brookbanks, ed. (1996), 93, at p. 93.)

36

In 1975, the Law Reform Commission of Canada recognized that these negative stereotypes of the mentally ill had found their way into the criminal justice system:

This widely held fear of the mad criminal makes acceptable the confinement and lengthy detention of mentally disordered accused or offenders in circumstances which their “sane” counterpart would be either less severely sanctioned or released outright. These attitudes are reflected in the element of preventive detention implicit in the remand and dispositional provisions of the Criminal Code and in the choice of procedures of the personnel dealing with the mentally ill in the criminal process.

(Working Paper 14, *The Criminal Process and Mental Disorder*, at p. 14.)

37

As the stereotype of the “mad criminal” has been undermined by research, we have learned that only a few mental disorders are associated with increased rates of violent behaviour: J. Cocozza and H. Steadman, “The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence” (1976), 29 *Rutgers L. Rev.* 1084, at pp. 1088-89; S. Hodgins, *Mental Disorder and Crime* (1993); Law Reform Commission, *supra*, at p. 19. And for these disorders, it is not clear

soient enclins à agir de façon violente et dangereuse [. . .]. Ce préjugé est profondément ancré. Les Grecs et les Romains estimaient que les caractéristiques fondamentales de la folie étaient la violence jumelée à la perte de contact avec la réalité et à la tendance à errer [. . .]. Cette croyance est probablement attribuable au malaise que créent chez ceux qui les côtoient les personnes atteintes de troubles mentaux sévères. Leur comportement imprévisible, étrange et souvent importun provoque aisément chez la plupart des gens une réaction de crainte. Lorsque l’on ressent de la peur, on l’attribue trop facilement à la dangerosité de l’objet qui la suscite, au lieu de se demander si notre réaction n’est pas excessive ou déplacée. Plus on a peur, plus on suppose que ce qui provoque la peur est dangereux.

(«The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk», chapitre 4 dans *Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues*, W. Brookbanks, dir. (1996), 93, à la p. 93.)

En 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a reconnu que ces stéréotypes négatifs à l’égard des malades mentaux s’étaient insinués dans le système de justice pénale:

Cette crainte généralisée à l’égard du criminel dément rend acceptable la détention prolongée du prévenu souffrant de désordre mental dans des circonstances où un individu censément sain d’esprit serait l’objet de sanctions moins sévères ou bénéficierait d’une libération immédiate. Ces attitudes se reflètent dans l’élément de détention préventive inhérent aux dispositions du Code criminel relatives aux renvois et aux mesures adoptées envers le délinquant anormal mental. Elles se reflètent également dans le choix des procédures effectuées par ceux qui ont à faire (*sic*) au malade mental au sein du processus pénal.

(Document de travail 14, *Processus pénal et désordre mental*, à la p. 15.)

La recherche a ébranlé le stéréotype du «criminel dément» et nous a appris que certains types seulement de troubles mentaux sont associés à un risque accru de comportement violent: J. Cocozza et H. Steadman, «The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence» (1976), 29 *Rutgers L. Rev.* 1084, aux pp. 1088 et 1089; S. Hodgins, *Mental Disorder and Crime* (1993); Commission de réforme du droit, *op. cit.*, à la p. 19. Et en ce qui concerne ces

whether the increased rates of violent behaviour result from the illness itself or from the socially marginalizing side-effects of the illness. To quote Dr. Mullen, *supra*, at p. 100, discussing violent behaviour among those suffering from severe schizophrenia:

... the social dislocation and economic decline which accompany the more disabling forms of schizophrenia put sufferers at risk of being forced into the ranks of the dispossessed. Homelessness, poverty, and social isolation all too often accompany schizophrenia. These increase the risks of conflict with others and with the police. The chances of confrontation with others are amplified by the common presence of alcohol and drug abuse, which those with schizophrenia often resort to for relief from their disease and their plight. Thus increased rates of violent behaviour could be in part a product of a drift into a disturbed and disrupted lifestyle consequent upon a failure to adequately support those with schizophrenia.

Research shows that NCR accused are no more likely than their convicted counterparts to commit any offence, let alone a violent offence, upon release: M. E. Rice, et al. "Recidivism Among Male Insanity Acquittes" (1990), 18 *J. Psychiatry & Law* 379, at pp. 393-95; G. T. Harris, M. E. Rice and C. A. Cormier, "Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders" (1991), 14 *Int'l J. L. & Psy.* 223, at p. 234; J. R. P. Ogloff et al., "Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?", Chapter 6, in J. R. P. Ogloff, ed., *Law and Psychology: The Broadening of the Discipline* (1992), 171, at p. 184.

In *Swain, supra*, at p. 1015, this Court, *per* Lamer C.J., recognized that the NCR accused cannot be presumed to be dangerous:

[W]hile the assumption that persons found not guilty by reason of insanity pose a threat to society may well be rational, I hasten to add that I recognize that it is not always valid. While past violent conduct and previous

troubles mentaux, on ne sait pas si le risque accru de comportement violent résulte de la maladie elle-même ou des effets secondaires de l'exclusion sociale qu'elle entraîne. Je cite à nouveau le Dr Mullen, *op. cit.*, à la p. 100, qui se penche sur la question du comportement violent observé chez les personnes souffrant de schizophrénie sévère:

[TRADUCTION] . . . la rupture sociale et le déclin économique qui accompagnent les formes les plus invalidantes de schizophrénie font peser sur le malade le risque de se retrouver parmi les plus démunis. L'errance, la pauvreté et l'isolement social sont trop souvent le lot des schizophrènes. Ces facteurs accroissent le risque de conflit avec autrui, notamment avec les policiers. Le risque d'affrontement avec autrui est amplifié par la consommation d'alcool et de drogue à laquelle s'adonnent souvent les schizophrènes pour échapper temporairement à leur maladie et à leur triste sort. Le risque accru de comportement violent pourrait donc être en partie imputable au mode de vie perturbé et chaotique auquel confine l'absence de ressources adéquates pour les schizophrènes.

La recherche révèle que l'accusé non responsable criminellement n'est pas plus susceptible, après sa libération, de commettre une infraction, encore moins une infraction violente, que les personnes déclarées coupables: M. E. Rice et autres, «Recidivism Among Male Insanity Acquittes» (1990), 18 *J. Psychiatry & Law* 379, aux pp. 393 à 395; G. T. Harris, M. E. Rice et C. A. Cormier, «Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders» (1991), 14 *Int'l J. L. & Psy.* 223, à la p. 234; J. R. P. Ogloff et autres, «Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?», chapitre 6, dans J. R. P. Ogloff, dir., *Law and Psychology: The Broadening of the Discipline* (1992), 171, à la p. 184.

Dans *Swain*, précité, notre Cour, par la voix du juge en chef Lamer, a reconnu, à la p. 1015, qu'aucune présomption de dangerosité ne s'appliquait à l'égard de l'accusé non responsable criminellement:

Le postulat voulant que les personnes déclarées non coupables en raison de leur aliénation mentale constituent une menace pour la société peut, certes, être rationnel, mais je m'empresse toutefois d'ajouter que je

mental disorder may indicate a greater possibility of future dangerous conduct, this will not necessarily be so. Furthermore, not every individual found not guilty by reason of insanity will have such a personal history. [Emphasis in original.]

reconnais qu'il n'est pas toujours valable. Bien que la violence passée et les troubles mentaux antérieurs puissent accroître la possibilité de conduite dangereuse dans l'avenir, il n'en sera pas nécessairement ainsi. De plus, ce ne sont pas tous les individus déclarés non coupables en raison de leur aliénation mentale qui auront connu ce cheminement. [Souligné dans l'original.]

39

In the spirit of supplanting the old stereotypes about mentally ill offenders, Part XX.1 supplements the traditional guilt-innocence dichotomy of the criminal law with a new alternative for NCR accused — an alternative of assessment to determine whether the person poses a continuing threat to society coupled with an emphasis on providing opportunities to receive appropriate treatment. The twin branches of the new system — assessment and treatment — are intimately related. Treatment, not incarceration, is necessary to stabilize the mental condition of a dangerous NCR accused and reduce the threat to public safety created by that condition. As Macfarlane J.A. stated regarding the predecessor scheme in *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154 (B.C.C.A.), at p. 171, quoted with approval by Lamer C.J. in *Swain*, at p. 1004:

Pour rompre avec les vieux stéréotypes concernant les contrevenants atteints de troubles mentaux, la partie XX.1 ajoute à la traditionnelle dichotomie opposant culpabilité et innocence en droit criminel. Elle prévoit une nouvelle avenue, soit une évaluation visant à déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente toujours un risque pour la société, tout en mettant l'accent sur le fait d'offrir à l'accusé des occasions de recevoir un traitement approprié. Les deux volets du nouveau système — évaluation et traitement — sont intimement liés. Des soins, et non une peine d'emprisonnement, s'imposent pour stabiliser l'état mental d'un accusé non responsable criminellement qui est dangereux et pour diminuer le risque que celui-ci représente pour la sécurité du public en raison de son état. Le juge Macfarlane a dit ce qui suit au sujet de l'ancien système dans l'arrêt *Re Rebic and The Queen* (1986), 28 C.C.C. (3d) 154 (C.A.C.-B.), à la p. 171, ses propos ayant été cités et approuvés par le juge en chef Lamer dans *Swain*, à la p. 1004:

The objective of the legislation is to protect society and the accused until the mental health of the latter has been restored. The objective is to be achieved by treatment of the patient in a hospital, rather than in a prison environment. [Emphasis added by Lamer C.J.]

[TRADUCTION] L'objectif de la mesure législative est la protection de la société et de l'accusé jusqu'au rétablissement de la santé mentale de ce dernier. Le moyen choisi pour l'atteindre est le traitement du patient dans un hôpital, plutôt que dans un environnement carcéral. [Souligné par le juge en chef Lamer.]

40

Part XX.1 protects society. If society is to be protected on a long-term basis, it must address the cause of the offending behaviour — the mental illness. It cannot content itself with locking the ill offender up for a term of imprisonment and then releasing him or her into society, without having provided any opportunities for psychiatric or other treatment. Public safety will only be ensured by stabilizing the mental condition of dangerous NCR accused.

La partie XX.1 protège la société. Si la société veut assurer sa sécurité à long terme, elle doit s'attaquer à la cause du comportement fautif — la maladie mentale. Elle ne peut se contenter d'interner le contrevenant qui souffre d'une maladie pendant la durée d'une peine d'emprisonnement, puis de le libérer sans lui avoir fourni la possibilité de recevoir un traitement, psychiatrique ou autre. La sécurité du public ne peut être assurée qu'en stabilisant l'état mental de l'accusé non responsable criminellement qui est dangereux.

Part XX.1 also protects the NCR offender. The assessment-treatment model introduced by Part XX.1 of the *Criminal Code* is fairer to the NCR offender than the traditional common law model. The NCR offender is not criminally responsible, but ill. Providing opportunities to receive treatment, not imposing punishment, is the just and appropriate response. As Goldie J.A. stated in *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.), at p. 277:

[T]he treatment of one unable to judge right from wrong is intended to cure the defect. It is not penal in purpose or effect. Where custody is imposed on such a person, the purpose is prevention of antisocial acts, not retribution.

See generally D. Laberge and D. Morin, "The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems" (1995), 18 *Int'l J. L. & Psy.* 389, at p. 389. The need for treatment rather than punishment is rendered even more acute by the fact that the mentally ill are often vulnerable and victimized in the prison setting, as well as by changes in the health system that many suggest result in greater numbers of the mentally ill being caught up in the criminal process. See S. Davis, "Assessing the 'Criminalization' of the Mentally Ill in Canada", *Can. J. Psychiatry*, 37(8) (October 1992), at pp. 532-38.

By creating an assessment-treatment alternative for the mentally ill offender to supplant the traditional criminal law conviction-acquittal dichotomy, Parliament has signalled that the NCR accused is to be treated with the utmost dignity and afforded the utmost liberty compatible with his or her situation. The NCR accused is not to be punished. Nor is the NCR accused to languish in custody at the pleasure of the Lieutenant Governor, as was once the case. Instead, having regard to the twin goals of protecting the safety of the public and treating the offender fairly, the NCR accused is to receive the disposition "that is the least oner-

La partie XX.1 protège également le contrevenant non responsable criminellement. Le système d'évaluation et de traitement établi en application de la partie XX.1 du *Code criminel* est plus équitable pour ce dernier que le système traditionnel issu de la common law. Ce contrevenant n'est pas criminellement responsable, mais souffre d'une maladie. Lui fournir la possibilité de recevoir un traitement, et non le punir, constitue l'intervention juste qui s'impose. Comme l'a dit le juge Goldie dans *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.), à la p. 277:

[TRADUCTION] [L]e traitement d'une personne qui ne peut distinguer le bien du mal vise à remédier à cette incapacité. Ni son objet ni son effet ne revêtent un caractère pénal. Lorsque la détention d'une telle personne est ordonnée, elle vise à prévenir l'accomplissement d'actes antisociaux, et non à châtier.

Voir généralement D. Laberge et D. Morin, «The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems» (1995), 18 *Int'l J. L. & Psy.* 389, à la p. 389. La nécessité de traiter plutôt que de châtier est encore plus criante du fait que le malade mental est souvent vulnérable et victimisé en milieu carcéral. En outre, nombreux sont ceux qui estiment que la réforme du système de soins de santé a fait en sorte qu'un plus grand nombre de malades mentaux sont entraînés dans l'engrenage de la procédure pénale. Voir S. Davis, «Assessing the «Criminalization» of the Mentally Ill in Canada», 37(8) *Rev. can. psychiatrie*, 37(8) (octobre 1992), aux pp. 532 à 538.

En ajoutant une option qui permet l'évaluation et le traitement du contrevenant atteint de troubles mentaux et en rompant avec la traditionnelle dichotomie du droit criminel opposant culpabilité et innocence, le législateur a voulu que l'accusé non responsable criminellement soit traité avec la plus grande dignité et jouisse de la plus grande liberté possible, compte tenu de son état. Cet accusé ne doit pas être puni. Il ne doit pas non plus, comme par le passé, être détenu indéfiniment selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur. Vu le double objectif de la protection du public et du traitement équitable du contrevenant, la décision

ous and least restrictive” one compatible with his or her situation, be it an absolute discharge, a conditional discharge or detention: s. 672.54.

rendue doit plutôt être «la moins sévère et la moins privative de liberté» possible, compte tenu de son état, qu’elle porte libération inconditionnelle, libération sous réserve de modalités ou détention: art. 672.54.

43 In summary, the purpose of Part XX.1 is to replace the common law regime for the treatment of those who offend while mentally ill with a new approach emphasizing individualized assessment and the provision of opportunities for appropriate treatment. Under Part XX.1, the NCR accused is neither convicted nor acquitted. Instead, he or she is found not criminally responsible by reason of illness at the time of the offence. This is not a finding of dangerousness. It is rather a finding that triggers a balanced assessment of the offender’s possible dangerousness and of what treatment-associated measures are required to offset it. Throughout the process the offender is to be treated with dignity and accorded the maximum liberty compatible with Part XX.1’s goals of public protection and fairness to the NCR accused.

En résumé, l’objet de la partie XX.1 vise à remplacer le système établi en common law pour le traitement des personnes qui commettent des infractions alors qu’elles sont atteintes de troubles mentaux par un nouveau régime qui met l’accent sur l’évaluation individuelle et fournit la possibilité de recevoir un traitement approprié. Sous le régime de la partie XX.1, l’accusé non responsable criminellement n’est ni déclaré coupable ni acquitté. Le tribunal le déclare plutôt non criminellement responsable en raison des troubles mentaux dont il était atteint au moment de l’infraction. Il ne conclut pas à l’existence d’un danger potentiel, mais rend plutôt une décision qui entraîne l’évaluation pondérée du risque que peut représenter le contrevenant et la détermination des mesures thérapeutiques qui s’imposent à cet égard. Tout au long du processus, le contrevenant doit être traité avec dignité et jouir du maximum de liberté possible, compte tenu des objectifs de la partie XX.1, qui sont de protéger le public et de traiter équitablement l’accusé non responsable criminellement.

## 2. The Wording and Function of Section 672.54

## 2. Le libellé et la fonction de l’art. 672.54

44 The specific wording of s. 672.54 indicates that the provision seeks to further the aims of Part XX.1 of protecting the public while preserving maximum liberty of the NCR accused through the assessment-treatment model. The question is whether, despite this goal, its effect is to inappropriately place the burden of disproving dangerousness on the NCR offender.

Selon son libellé, l’art. 672.54 vise explicitement la réalisation de l’objectif de la partie XX.1, qui est d’assurer la protection du public tout en restreignant le moins possible la liberté de l’accusé non responsable criminellement, grâce au modèle d’évaluation et de traitement établi. La question est de savoir si, malgré cet objectif, l’article a pour effet d’imposer indûment au contrevenant le fardeau de prouver qu’il n’est pas dangereux.

45 The appellants concede that s. 672.54 does not expressly place the burden on the accused to demonstrate lack of dangerousness. They argue, however, that this is its effect. They submit that the section imposes a false presumption of dangerousness, which the NCR accused must overcome if he or she is to regain freedom. In support of this argument, they argue that the British Columbia Court

Les appelants reconnaissent que l’art. 672.54 ne fait pas expressément reposer sur l’accusé le fardeau de prouver qu’il n’est pas dangereux. Ils font cependant valoir que tel est son effet. Ils prétendent que cet article établit à tort une présomption de dangerosité, que l’accusé non responsable criminellement doit réfuter pour recouvrer sa liberté. À l’appui de cet argument, ils invoquent *Orlowski*

of Appeal in *Orlowski No. 1, supra*, at p. 146, held that the section does not oblige the court or Review Board to come to a conclusion on whether the accused is a significant threat to public safety. If it cannot or does not resolve that issue, the NCR accused remains subject to constraints on his or her liberty. This means, in effect, that unless the NCR accused can mount a convincing case that he or she is not a danger to public safety, he or she will be subject to restraints. This hurdle is made more difficult by the fact that the NCR accused in many cases is less able than others, by reason of illness, confinement or poverty, to organize and present a convincing case for absolute discharge. Citing literature suggesting a tendency among clinicians to over-predict dangerousness, the appellants submit that this practical burden is further heightened by the human tendency of courts and Review Board members to err on the side of caution.

I do not share the view that s. 672.54 should be interpreted this way. In my view, properly read, the section does not create a presumption of dangerousness and does not, in its effect, impose a burden of proving lack of dangerousness on the NCR accused.

The introductory part of s. 672.54 requires the court or Review Board to consider the need to protect the public from dangerous persons, together with the mental condition of the accused, his or her reintegration into society, and his or her other needs. The court or Review Board must then (the operative verb is “shall”) make the disposition — absolute discharge, conditional discharge, or detention in a hospital — “that is the least onerous and least restrictive to the accused”. As this Court noted in *Swain, supra*, the only constitutional basis for the criminal law restricting liberty of an NCR accused is the protection of the public from significant threats to its safety. When the NCR accused

*n° 1*, précité, à la p. 146, où la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que l’article ne contraint pas le tribunal ou la commission d’examen à se prononcer quant à savoir si l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public. Si le tribunal ou la commission d’examen ne peut trancher la question ou s’il ne le fait pas, l’accusé non responsable criminellement continue d’être assujéti à des privations de liberté. Il s’en suit dans les faits que s’il ne peut monter un dossier convaincant selon lequel il ne représente pas un danger pour la sécurité du public, l’accusé verra sa liberté restreinte. L’obstacle est d’autant plus grand que l’accusé non responsable criminellement est moins en mesure que d’autres, dans bien des cas, en raison de la maladie, de l’internement ou de la pauvreté, de constituer un dossier et de présenter des éléments de preuve convaincants à l’appui de sa libération inconditionnelle. Citant des études qui donnent à penser que les cliniciens seraient enclins à surestimer la dangerosité, les appelants soutiennent que ce fardeau est encore accru par la tendance naturelle des membres des tribunaux et des commissions d’examen à faire preuve de prudence excessive.

Je ne partage pas le point de vue selon lequel c’est ainsi que l’art. 672.54 devrait être interprété. À mon avis, cet article, correctement interprété, ne crée pas de présomption de dangerosité et n’a pas pour effet d’imposer à l’accusé non responsable criminellement le fardeau de prouver qu’il n’est pas dangereux.

La partie introductive de l’art. 672.54 exige que le tribunal ou la commission d’examen tienne compte de la nécessité de protéger le public contre les personnes dangereuses, ainsi que de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d’examen doit ensuite rendre (l’idée d’obligation étant ici l’élément clé) la décision — libération inconditionnelle, libération conditionnelle ou détention dans un hôpital — «la moins sévère et la moins privative de liberté». Comme l’a signalé notre Cour dans *Swain*, précité, sur le plan constitutionnel, le droit criminel ne peut restreindre la liberté de l’accusé non responsable criminel-

46

47

ceases to be a significant threat to society, the criminal law loses its authority: *Swain, supra*, at p. 1008. Part XX.1, as noted, is founded on this assumption. It follows that if the court or Review Board fails to positively conclude, on the evidence, that the NCR offender poses a significant threat to the safety of the public, it must grant an absolute discharge. Any doubt on this score is removed by the injunction that the court or Review Board shall make the order that is the least onerous and least restrictive to the accused, consistent with the evidence.

lement que pour protéger le public contre des risques importants en ce qui concerne sa sécurité. Lorsque cet accusé ne représente plus un risque important pour la société, le droit criminel perd son emprise: *Swain*, précité, à la p. 1008. Comme je l'ai fait remarquer, la partie XX.1 s'appuie sur ce principe. Par conséquent, lorsque le tribunal ou la commission d'examen ne conclut pas positivement, à partir de la preuve, que le contrevenant non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, celui-ci doit être libéré inconditionnellement. La prescription selon laquelle le tribunal ou la commission d'examen doit rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la preuve, écarte tout doute à ce sujet.

48

The wording of para. (a), which deals with the court or Review Board's power to order an absolute discharge, is consistent with this interpretation of the initial paragraph of s. 672.54. It stipulates that the court or Review Board must direct that the accused be discharged absolutely if it is of the opinion that "the accused is not a significant threat to the safety of the public". Paragraph (a) must be read with the preceding instruction that the court or Review Board must make the order that is the least onerous and least restrictive to the accused. It must also be read against the constitutional backdrop that public safety is the only basis for the exercise of the criminal law power, absent a conviction. Read in this way, it becomes clear that absent a positive finding on the evidence that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public, the court or Review Board must order an absolute discharge. This interpretation is supported by the principle that a statute should be read in a manner that supports compliance with the *Charter*: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.

Le libellé de l'al. a), qui traite du pouvoir du tribunal ou de la commission d'examen d'ordonner la libération inconditionnelle, est compatible avec cette interprétation du paragraphe introductif de l'art. 672.54. Il dispose que le tribunal ou la commission d'examen rend une décision portant libération inconditionnelle s'il est d'avis que l'accusé «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public». L'alinéa a) doit être interprété en fonction de l'obligation faite au tribunal ou à la commission d'examen de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible. Il doit également être interprété en tenant compte du fait que, sur le plan constitutionnel, en l'absence d'une déclaration de culpabilité, le droit criminel n'a d'emprise sur l'accusé qu'à la seule fin de protéger le public. Il est clair, selon cette interprétation, que si, à partir de la preuve, il ne conclut pas positivement que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, le tribunal ou la commission d'examen doit ordonner sa libération inconditionnelle. Cette interprétation est compatible avec le principe qu'une loi doit être interprétée d'une manière conforme à la *Charte*: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.

49

Section 672.54, read thus, does not create a presumption of dangerousness. There must be evidence of a significant risk to the public before the

Ainsi interprété, l'art. 672.54 ne crée aucune présomption de dangerosité. Le tribunal ou la commission d'examen ne peut restreindre la liberté de

court or Review Board can restrict the NCR accused's liberty. Nor does s. 672.54 permit the court or Review Board to refuse to grant an absolute discharge because it harbours doubts as to whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Since there must be a positive finding of a significant risk to the safety of the public to engage the provisions of the *Code* and support restrictions on liberty, something less — i.e., uncertainty — cannot suffice. It follows that I do not share the view attributed to *Orlowski No. 1, supra*, that if the court or Review Board cannot resolve the question of whether the NCR accused constitutes a significant threat to public safety, it can continue to restrain the liberty of the accused through an order for a conditional discharge or detention. If the court or Review Board cannot resolve the issue, it must grant an unconditional discharge. To repeat, absent a finding that the NCR accused represents a significant risk to the safety of the public, there can be no constitutional basis for restricting his or her liberty.

Since drafting these reasons I have had the opportunity to review the reasons of Justice Gonthier. My colleague prefers a two-step interpretation of s. 672.54 that would draw a distinction between a threshold finding of “dangerousness” and a subsequent finding that an NCR accused is not “a significant threat to the safety of the public”. In my view, both phrases denote the same concept: “dangerousness” is tantamount to “a significant threat to the safety of the public”. Absent dangerousness amounting to a significant threat to public safety, there is no constitutional basis for the criminal law to restrict the liberty of an NCR accused.

This interpretation does not expose the community to undue threats to its safety and well-being.

l'accusé non responsable criminellement que sur la foi d'une preuve selon laquelle ce dernier représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen ne peut pas non plus refuser de libérer l'accusé inconditionnellement parce qu'il entretient des doutes à cet égard. Comme il doit conclure positivement à l'existence d'un risque important pour la sécurité du public pour que les dispositions du *Code* s'appliquent et pour que la liberté de l'accusé puisse être restreinte, rien de moins — c.-à-d. une incertitude — ne saurait lui conférer ce pouvoir. Je ne partage donc pas le point de vue qui aurait été adopté dans le jugement *Orlowski n° 1*, précité, selon lequel lorsque le tribunal ou la commission d'examen ne peut déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, il peut continuer d'imposer des privations de liberté en rendant une décision portant libération conditionnelle ou détention. S'il ne peut trancher la question, le tribunal ou la commission d'examen doit ordonner la libération inconditionnelle. Je le répète, en l'absence d'une conclusion que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, aucun fondement constitutionnel ne permet de restreindre sa liberté.

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'occasion d'examiner les motifs du juge Gonthier. Mon collègue préfère une interprétation en deux étapes de l'art. 672.54 en vertu de laquelle une distinction serait faite entre un élément déterminant de «dangerosité» et la conclusion tirée par la suite selon laquelle l'accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public». À mon avis, les deux expressions se rapportent au même concept: la «dangerosité» équivaut à «un risque important pour la sécurité du public». En l'absence de dangerosité équivalant à un risque important pour la sécurité du public, il n'existe aucun fondement constitutionnel pour que l'on puisse en droit criminel restreindre la liberté d'un accusé non responsable criminellement.

Cette interprétation n'expose pas indûment la collectivité à des risques pour ce qui est de sa sécu-

The task of the court or Review Board is to determine whether the evidence discloses a “significant” or real risk to the community should the NCR accused be released. If that risk exists, the NCR accused remains under supervision, either subject to conditions while living in the community or detained in a hospital. It does mean, though, that however difficult the task, the court or Review Board cannot avoid the responsibility of making that determination. Just as a jury is obliged to come to a conclusion on an accused’s guilt or innocence, so is the court or Review Board required to determine whether or not releasing the NCR accused would pose a “significant risk” to public safety. If, at the end the day, the court or Review Board cannot so conclude, the legal justification for confinement is absent and the NCR accused must be released.

rité et de son bien-être. Le rôle du tribunal ou de la commission d’examen consiste à déterminer si la preuve établit que la libération de l’accusé non responsable criminellement ferait courir à la collectivité un risque «important» ou véritable. Dans l’affirmative, l’accusé doit demeurer sous supervision, soit au sein de la collectivité, où il est libéré sous réserve de modalités, soit dans un hôpital, où il est détenu. Cela signifie, cependant, que peu importe le degré de difficulté de la tâche, le tribunal ou la commission d’examen ne peut se dégager de sa responsabilité de trancher cette question. Tout comme un jury est tenu d’en venir à une conclusion en ce qui concerne la culpabilité ou l’innocence d’un accusé, le tribunal ou la commission d’examen doit déterminer si la libération de l’accusé non responsable criminellement représenterait un «risque important» pour la sécurité du public. Si, en bout de ligne, le tribunal ou la commission d’examen ne peut tirer une telle conclusion, aucun fondement légal ne justifie la détention de l’accusé non responsable criminellement, et ce dernier doit être libéré.

52 This interpretation of s. 672.54 eliminates any need for the NCR accused to prove lack of dangerousness and relieves him or her of any legal or evidentiary burden. If the evidence does not support the conclusion that the NCR accused is a significant risk, the NCR accused need do nothing; the only possible order is an absolute discharge. Section 672.54 is remarkable among provisions in the Canadian *Criminal Code* in that it does not place burdens of proof on either party. It is not adversarial in the usual sense: *Davidson, supra*, at p. 277.

Suivant cette interprétation de l’art. 672.54, l’accusé non responsable criminellement n’a pas à prouver l’absence de dangerosité et ne se voit imposer ni fardeau ultime ni fardeau de présentation. Lorsque la preuve ne permet pas de conclure qu’il représente un risque important, l’accusé n’est tenu à rien; seule une décision portant libération inconditionnelle est possible. L’article 672.54 se distingue des autres dispositions du *Code criminel* du Canada en ce qu’il n’impose aucun fardeau de la preuve à l’une ou l’autre des parties. Il n’établit pas de procédure de type contradictoire au sens habituel de ce terme: *Davidson*, précité, à la p. 277.

53 The highest the case for the appellants can be put is that if the evidence supports the conclusion that the NCR accused is a significant risk, it may be in the NCR accused’s interest to adduce further evidence to convince the court or Review Board otherwise. However, this tactical incentive to adduce evidence is not properly described as a shifting of the legal or evidentiary burden to the accused. “It is not strictly accurate to speak of the

Les appelants établissent tout au plus que, dans le cas où la preuve appuie une conclusion selon laquelle l’accusé non responsable criminellement représente un risque important, il peut être dans l’intérêt de ce dernier de présenter des éléments de preuve supplémentaires pour convaincre le tribunal ou la commission d’examen du contraire. Toutefois, cet intérêt de nature stratégique n’opère pas de déplacement du fardeau ultime ou du fardeau de

burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant”: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at pp. 329-30, *per* Sopinka J. See also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 77-78. This tactical burden exists in every legal proceeding and does not violate the presumption of innocence guaranteed by the *Charter*: see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595.

The regime’s departure from the traditional adversarial model underscores the distinctive role that the provisions of Part XX.1 play within the criminal justice system. The Crown may often not be present at the hearing. The NCR accused, while present and entitled to counsel, is assigned no burden. The system is inquisitorial. It places the burden of reviewing all relevant evidence on both sides of the case on the court or Review Board. The court or Review Board has a duty not only to search out and consider evidence favouring restricting NCR accused, but also to search out and consider evidence favouring his or her absolute discharge or release subject to the minimal necessary restraints, regardless of whether the NCR accused is even present. This is fair, given that the NCR accused may not be in a position to advance his or her own case. The legal and evidentiary burden of establishing that the NCR accused poses a significant threat to public safety and thereby justifying a restrictive disposition always remains with the court or Review Board. If the court or Review Board is uncertain, Part XX.1 provides for resolution by way of default in favour of the liberty of the individual.

As a practical matter, it is up to the court or Review Board to gather and review all available

présentation vers l’accusé. «Il n’est pas tout à fait exact de parler d’un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu’on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur»: *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, aux pp. 329 et 330, le juge Sopinka. Voir également J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 77 et 78. Ce fardeau tactique existe dans toute instance judiciaire sans que cela ne porte atteinte à la présomption d’innocence garantie par la *Charte*: voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595.

La rupture du régime avec l’ancien modèle contradictoire souligne le rôle particulier des dispositions de la partie XX.1 dans le cadre du système de justice pénale. Il arrive souvent que le ministère public ne participe pas à l’audition. Bien qu’il assiste à celle-ci et qu’il ait le droit d’être représenté par avocat, l’accusé non responsable criminellement ne se voit imposer aucun fardeau. Le système est de type inquisitoire. Il incombe au tribunal ou à la commission d’examiner tous les éléments de preuve pertinents de part et d’autre. Le tribunal ou la commission d’examen a en effet l’obligation de rechercher et d’évaluer non seulement les éléments qui sont favorables à la restriction de la liberté de l’accusé, mais aussi ceux qui militent en faveur de la libération inconditionnelle ou de la libération assujettie à des conditions minimales et ce, que l’accusé soit présent ou non. La procédure est équitable, car l’accusé non responsable criminellement n’est pas toujours en mesure de défendre sa propre cause. Le fardeau ultime et le fardeau de présentation en ce qui concerne l’établissement de la preuve que l’accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, justifiant une décision de restreindre sa liberté, incombent en tout temps au tribunal ou à la commission d’examen. En cas d’incertitude de la part du tribunal ou de la commission d’examen, la partie XX.1 prévoit que tout doute doit être tranché en faveur de la mise en liberté de l’individu.

En pratique, il incombe au tribunal ou à la commission d’examen de réunir et d’examiner tous les

evidence pertaining to the four factors set out in s. 672.54: public protection; the mental condition of the accused; the reintegration of the accused into society; and the other needs of the accused. The court and the Review Board have the ability to do this. They can cause records and witnesses to be subpoenaed, including experts to study the case and provide the information they require. Moreover, with particular reference to the Review Board that may assume ongoing supervision of the NCR accused, Parliament has ensured that its members have special expertise in evaluating fully the relevant medical, legal and social factors which may be present in a case: s. 672.39. If the court or Review Board, after reviewing all the relevant material, cannot or does not conclude that the NCR accused poses a significant threat to public safety, it must order an absolute discharge. If it concludes that the NCR accused does represent such a threat, then it must order the least restrictive of the two remaining alternatives of conditional discharge or detention consistent with its analysis of the four mandated factors.

éléments de preuve relatifs aux quatre facteurs prévus à l'art. 672.54: la protection du public, l'état mental de l'accusé, sa réinsertion sociale et ses autres besoins. Le tribunal et la commission d'examen sont habiles à s'acquitter de cette tâche. Ils peuvent ordonner la production de dossiers et assigner des témoins, y compris des experts pour étudier le cas et fournir les renseignements qu'ils demandent. En outre, particulièrement en ce qui concerne la commission d'examen, qui peut se charger de superviser de façon périodique l'accusé non responsable criminellement, le législateur a fait en sorte que ses membres aient l'expertise voulue pour bien évaluer tous les facteurs médicaux, juridiques et sociaux que présentent les cas dont ils sont saisis: art. 672.39. Lorsque, après examen de tous les éléments pertinents, le tribunal ou la commission d'examen ne peut conclure ou ne conclut pas que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, il doit ordonner la libération inconditionnelle. Par contre, s'il conclut que l'accusé représente un tel risque, il doit ordonner la libération conditionnelle ou la détention, selon ce qui restreint le moins la liberté de l'accusé, compte tenu de l'analyse des quatre facteurs énoncés.

<sup>56</sup> This is not to suggest that the determination of whether an NCR offender poses a significant threat to the safety of the public is a simple matter. Dangerousness has been described as a "protean concept": Y. Rennie, *The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender* (1978), at p. xvii. It concerns probabilities, not facts, and involves estimations based on moral, interpersonal, political and sometimes arbitrary criteria (R. J. Menzies, C. D. Webster and D. S. Sepejak, "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 49, at p. 67).

Déterminer si un accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public n'est pas simple pour autant. La dangerosité a été qualifiée de [TRADUCTION] «protéiforme»: Y. Rennie, *The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender* (1978), à la p. xvii. Elle s'intéresse aux probabilités, et non aux faits, et elle suppose des estimations fondées sur des critères moraux, interpersonnels, politiques et parfois arbitraires (R. J. Menzies, C. D. Webster et D. S. Sepejak, «The Dimensions of Dangerousness» (1985), 9 *Law & Hum. Behav.* 49, à la p. 67).

<sup>57</sup> To assist with this difficult task, and to protect the constitutional rights of the NCR accused, Parliament in Part XX.1 has given "dangerousness" a specific, restricted meaning. Section 672.54 provides that an NCR accused shall be discharged absolutely if he or she is not a "significant threat to the safety of the public". To engage these provi-

Pour atténuer cette tâche difficile et protéger les droits constitutionnels de l'accusé non responsable criminellement, le législateur, à la partie XX.1, a attribué à la notion de «dangerosité» un sens plus précis et plus restreint. L'article 672.54 prévoit que l'accusé doit être libéré inconditionnellement s'il ne représente pas un «risque important pour la

sions of the *Criminal Code*, the threat posed must be more than speculative in nature; it must be supported by evidence: *D.H. v. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL) (C.A.), at para 21. The threat must also be “significant”, both in the sense that there must be a real risk of physical or psychological harm occurring to individuals in the community and in the sense that this potential harm must be serious. A minuscule risk of a grave harm will not suffice. Similarly, a high risk of trivial harm will not meet the threshold. Finally, the conduct or activity creating the harm must be criminal in nature: *Chambers v. British Columbia (Attorney General)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 406 (B.C.C.A.), at p. 413. In short, Part XX.1 can only maintain its authority over an NCR accused where the court or Review Board concludes that the individual poses a significant risk of committing a serious criminal offence. If that finding of significant risk cannot be made, there is no power in Part XX.1 to maintain restraints on the NCR accused’s liberty.

Even with the benefit of this somewhat restricted definition of dangerousness, it may be extremely difficult even for experts to predict whether a person will offend in the future: R. J. Menzies, “Psychiatry, Dangerousness and Legal Control”, in Neil Boyd, ed., *The Social Dimensions of Law* (1986), at p. 189; B. J. Ennis and T. R. Litwack, “Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom” (1974), 62 *Cal. L. Rev.* 693. The documented tendency to overestimate dangerousness must also be acknowledged and resisted: Menzies, *supra*, at p. 199; R. J. Menzies, C. D. Webster and D. S. Sepejak, “Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic”, in C. D. Webster, M. H. Ben-Aron and S. J. Hucker, eds., *Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy* (1985), 115, at p. 138; H. A. Prins, *Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder* (1986), c. 4, at p. 88; S. D. Hart, C. D. Webster and R. J. Menzies,

sécurité du public». Pour que ces dispositions du *Code criminel* s’appliquent, le risque ne doit pas être purement hypothétique; il doit être étayé par la preuve: *D.H. c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 2011 (QL) (C.A.), au par. 21. Le risque doit par ailleurs être «important». Non seulement le risque qu’un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité doit être véritable, mais ce préjudice appréhendé doit être grave. Un risque minime de préjudice grave ne suffit pas, non plus qu’un risque élevé de préjudice insignifiant. Enfin, la conduite ou l’activité préjudiciable doit être de nature criminelle: *Chambers c. British Columbia (Attorney General)* (1997), 116 C.C.C. (3d) 406 (C.A.C.-B.), à la p. 413. En résumé, les dispositions de la partie XX.1 ne s’appliquent à un accusé non responsable criminellement que si le tribunal ou la commission d’examen conclut qu’il y a un risque important que l’accusé commette une infraction criminelle grave. S’il est impossible d’en venir à la conclusion qu’il y a un risque important, aucune disposition de la partie XX.1 ne permet de restreindre la liberté de l’accusé.

Malgré cette définition plutôt restreinte de la dangerosité, il demeure extrêmement difficile, même pour un expert, de prédire si une personne commettra ou non dans l’avenir un acte criminel: R. J. Menzies, «Psychiatry, Dangerousness and Legal Control», dans Neil Boyd, dir., *The Social Dimensions of Law* (1986), à la p. 189; B. J. Ennis et T. R. Litwack, «Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom» (1974), 62 *Cal. L. Rev.* 693. La tendance à surestimer le danger potentiel, dont font état les recherches, doit être reconnue et contrée: Menzies, *loc. cit.*, à la p. 199; R. J. Menzies, C. D. Webster et D. S. Sepejak, «Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic», dans C. D. Webster, M. H. Ben-Aron et S. J. Hucker, dir., *Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy* (1985), 115, à la p. 138; H. A. Prins, *Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder* (1986), ch. 4, à la p. 88; S. D. Hart,

“A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions” (1993), 17 *Law & Hum. Behav.* 695.

C. D. Webster et R. J. Menzies, «A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions» (1993), 17 *Law & Hum. Behav.* 695.

59

It may be surmised that it is precisely because of this difficulty and context-specificity that Parliament has seen fit to replace the categorical common law approach to the mentally ill accused with a flexible scheme that is capable of taking into account the specific circumstances of the individual NCR accused. Moreover, although it has allowed courts to make an initial determination, Parliament has created a system of specialized Review Boards charged with sensitively evaluating all the relevant factors on an ongoing basis and making, as best it can, an assessment of whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. This assessment is not a guarantee, but it is unrealistic to expect absolute certainty from a regime charged with evaluating the impact of individual, human factors on future events. As La Forest J. wrote in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 364, in the context of the dangerous offender provisions of the *Code*:

... the life of the law has not been logic: it has been experience. The criminal law must operate in a world governed by practical considerations rather than abstract logic and, as a matter of practicality, the most that can be established in a future context is a likelihood of certain events occurring.

On peut présumer que c'est précisément à cause de cette difficulté et du contexte particulier que le législateur a jugé opportun de substituer au modèle catégorique applicable en common law aux accusés souffrant de troubles mentaux un régime souple permettant de tenir compte des circonstances particulières de l'accusé non responsable criminellement. En outre, bien qu'il ait permis aux tribunaux de rendre une décision initiale, le législateur a créé un système de commissions d'examen spécialisées chargées d'évaluer avec sensibilité, de façon périodique, tous les facteurs pertinents et de déterminer, du mieux qu'elles le peuvent, si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Cette détermination ne constitue pas une garantie, mais il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un régime chargé d'évaluer l'incidence de facteurs individuels et humains sur des événements à venir engendre des certitudes absolues. Comme l'a écrit le juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 364, relativement aux dispositions du *Code* visant les délinquants dangereux:

... le droit tire sa vitalité non pas de la logique mais de l'expérience. L'application du droit criminel se fait dans un monde où des considérations pratiques l'emportent sur la logique abstraite et, du point de vue pratique, tout ce qu'on peut établir concernant l'avenir est une probabilité que certains événements se produiront.

60

When making this difficult assessment of whether an NCR accused poses a significant threat to the safety of the public, a court or Review Board may be expected to be aware not only of the need for public protection, but of the fact that a past offence committed under the influence of mental illness may often bear little connection to the likelihood of reoffending, particularly when the NCR accused is successfully following a treatment program. At the same time, the commission of an offence in the past may in some circumstances constitute a link in a chain of events that demonstrates a propensity to commit harm, albeit unin-

On peut s'attendre à ce que le tribunal ou la commission d'examen qui fait cette évaluation difficile de savoir si un accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public soit conscient non seulement de la nécessité de protéger le public, mais également du fait que, souvent, la perpétration antérieure d'une infraction sous l'influence de troubles mentaux a peu à voir avec la probabilité d'une récidive, spécialement lorsque l'accusé suit un traitement qui donne de bons résultats. Par ailleurs, le fait que l'accusé a déjà commis une infraction peut, dans certaines circonstances, faire partie d'une série

tentionally. The specific situation of each NCR accused must always be examined carefully.

It follows that the inquiries conducted by the court or Review Board are necessarily broad. They will closely examine a range of evidence, including but not limited to the circumstances of the original offence, the past and expected course of the NCR accused's treatment if any, the present state of the NCR accused's medical condition, the NCR accused's own plans for the future, the support services existing for the NCR accused in the community and, perhaps most importantly, the recommendations provided by experts who have examined the NCR accused. The broad range of evidence that the court or the Review Board may properly consider is aimed at ensuring that they are able to make the difficult yet critically important assessment of whether the NCR accused poses a significant threat to public safety. At all times, this process must take place in an environment respectful of the NCR accused's constitutional rights, free from the negative stereotypes that have too often in the past prejudiced the mentally ill who come into contact with the justice system. Appellate courts reviewing the dispositions made by a court or Review Board should bear in mind the broad range of these inquiries, the familiarity with the situation of the specific NCR accused that the lower tribunals possess, and the difficulty of assessing whether a given individual poses a "significant threat" to public safety.

On this interpretation of Part XX.1 of the *Code*, the duties of a court or Review Board that is charged with interpreting s. 672.54 may, for practical purposes, be summarized as follows:

1. The court or Review Board must consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused,

d'événements établissant une tendance à faire du mal, bien que ce ne soit pas intentionnel. La situation particulière de chaque accusé non responsable criminellement doit être soigneusement examinée.

Il s'ensuit que les enquêtes menées par le tribunal ou la commission d'examen ont nécessairement une large portée. Elles lui permettront d'examiner de près tout un éventail d'éléments de preuve, notamment les circonstances dans lesquelles l'infraction originale a été commise, la façon dont se sont déroulés, le cas échéant, le traitement de l'accusé non responsable criminellement et les résultats anticipés, l'état de santé actuel de celui-ci, ses projets pour l'avenir, les services de soutien dont il peut se prévaloir au sein de la collectivité et, l'élément peut-être le plus important, les recommandations fournies par les experts qui l'ont examiné. Ce large éventail d'éléments de preuve que le tribunal ou la commission d'examen peut examiner à bon droit vise à lui permettre de faire l'analyse difficile, mais d'une importance cruciale, de la question de savoir si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. En tout temps, ce processus doit se dérouler dans un environnement qui respecte les droits constitutionnels de l'accusé, indépendamment des stéréotypes négatifs qui, par le passé, ont trop souvent porté préjudice aux malades mentaux ayant eu des démêlés avec la justice. Les cours d'appel qui examinent les décisions rendues par un tribunal ou une commission d'examen doivent avoir à l'esprit l'étendue de ces enquêtes ainsi que le fait que les tribunaux de juridiction inférieure connaissent bien la situation particulière de l'accusé non responsable criminellement, et la difficulté de déterminer si la personne en cause représente un «risque important» pour la sécurité du public.

Selon cette interprétation de la partie XX.1 du *Code*, les obligations qui incombent à un tribunal ou une commission d'examen chargé d'interpréter l'art. 672.54 peuvent, à des fins pratiques, être résumées de la façon suivante:

1. Le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental

61

62

the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused. The court or Review Board is required in each case to answer the question: does the evidence disclose that the NCR accused is a "significant threat to the safety of the public"?

2. A "significant threat to the safety of the public" means a real risk of physical or psychological harm to members of the public that is serious in the sense of going beyond the merely trivial or annoying. The conduct giving rise to the harm must be criminal in nature.

3. There is no presumption that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Restrictions on his or her liberty can only be justified if, at the time of the hearing, the evidence before the court or Review Board shows that the NCR accused actually constitutes such a threat. The court or Review Board cannot avoid coming to a decision on this issue by stating, for example, that it is uncertain or cannot decide whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. If it cannot come to a decision with any certainty, then it has not found that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public.

4. The proceeding before the court or Review Board is not adversarial. If the parties do not present sufficient information, it is up to the court or Review Board to seek out the evidence it requires to make its decision. Where the court is considering the matter, it may find in such circumstances that it cannot readily make a disposition without delay and that it should be considered by the Review Board. Regardless of which body considers the issue, there is never any legal burden on the NCR accused to show that he or she does not pose a significant threat to the safety of the public.

de l'accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d'examen doit, dans chaque cas, répondre à la question suivante: la preuve établit-elle que l'accusé non responsable criminellement représente «un risque important pour la sécurité du public»?

2. Un «risque important pour la sécurité du public» signifie un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité, risque qui est grave dans le sens où le préjudice potentiel est plus qu'ennuyeux ou insignifiant. La conduite préjudiciable doit être de nature criminelle.

3. Il n'y a pas de présomption que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Les privations de sa liberté ne peuvent être justifiées que si, au moment de l'audition, il ressort de la preuve dont dispose le tribunal ou la commission d'examen que l'accusé représente véritablement un tel risque. Le tribunal ou la commission d'examen ne peut éviter de trancher cette question en disant, par exemple, qu'il est incertain ou qu'il ne peut déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. S'il ne peut trancher cette question avec certitude, il n'a pas conclu que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public.

4. La procédure devant le tribunal ou la commission d'examen n'est pas contradictoire. Lorsque les parties ne fournissent pas suffisamment de renseignements, il incombe au tribunal ou à la commission d'examen de chercher à obtenir les éléments de preuve dont il a besoin pour rendre sa décision. Dans le cas où c'est le tribunal qui examine l'affaire, celui-ci peut, dans les circonstances, conclure qu'il ne peut facilement rendre une décision sans délai et que l'affaire doit être examinée par la commission d'examen. Peu importe l'organisme qui examine l'affaire, l'accusé non responsable criminellement n'a jamais ultimement le fardeau d'établir qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

5. The court or Review Board may have recourse to a broad range of evidence as it seeks to determine whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Such evidence may include the past and expected course of the NCR accused's treatment, if any, the present state of the NCR accused's medical condition, the NCR accused's own plans for the future, the support services existing for the NCR accused in the community, and the assessments provided by experts who have examined the NCR accused. This list is not exhaustive.

6. A past offence committed while the NCR accused suffered from a mental illness is not, by itself, evidence that the NCR accused continues to pose a significant risk to the safety of the public. However, the fact that the NCR accused committed a criminal act in the past may be considered together with other circumstances where it is relevant to identifying a pattern of behaviour, and hence to the issue of whether the NCR accused presents a significant threat to public safety. The court or Review Board must at all times consider the circumstances of the individual NCR accused before it.

7. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public, it must order an absolute discharge.

8. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is a significant threat to the safety of the public, it has two alternatives. It may order that the NCR accused be discharged subject to the conditions the court or Review Board considers necessary, or it may direct that the NCR accused be detained in custody in a hospital, again subject to appropriate conditions.

9. When deciding whether to make an order for a conditional discharge or for detention in a hospital, the court or Review Board must again consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR

5. Le tribunal ou la commission d'examen dispose de tout un éventail d'éléments de preuve pour déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Ces éléments peuvent comprendre la façon dont se sont déroulés, le cas échéant, le traitement de l'accusé et les résultats anticipés, l'état de santé actuel de celui-ci, ses projets pour l'avenir, les services de soutien dont il peut se prévaloir au sein de la collectivité, et les résultats des évaluations des experts qui l'ont examiné. Cette liste n'est pas exhaustive.

6. Le fait que l'accusé non responsable criminellement a déjà commis une infraction alors qu'il souffrait de troubles mentaux n'établit pas en soi qu'il représente toujours un risque important pour la sécurité du public. Cependant, il peut être tenu compte du fait qu'il a déjà commis un acte criminel, ainsi que d'autres circonstances, lorsque cela est pertinent en vue de cerner une certaine tendance comportementale et, par conséquent, de déterminer s'il représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen doit, en tout temps, examiner les circonstances propres à l'accusé dont il est question.

7. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle.

8. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public, deux choix s'offrent à lui. Il peut soit rendre une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités qu'il juge indiquées, soit rendre une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital, sous réserve encore une fois des modalités qu'il juge indiquées.

9. Lorsqu'il choisit de rendre une décision portant libération conditionnelle de l'accusé non responsable criminellement ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital, le tribunal ou la commission d'examen doit, encore

accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused, and make the order that is the least onerous and least restrictive to the NCR accused.

63 This brings us to the question of whether s. 672.54, properly interpreted, violates the NCR accused's rights under the *Charter*.

B. *Does Section 672.54 of the Criminal Code Infringe Section 7 of the Charter?*

64 The provisions of Part XX.1 of the *Criminal Code* permit the State, through a court or Review Board, to deprive the NCR accused of his or her liberty. Any law that does this must conform to the principles of fundamental justice pursuant to s. 7 of the *Charter*.

65 I begin with certain general observations. Every humane system of justice must provide for the disposition of cases where the perpetrator of the alleged crime is not criminally responsible. The question under s. 7 is whether the Canadian scheme conforms to the principles of fundamental justice. Where the regime involves a comprehensive administrative and adjudicatory structure, as here, it is appropriate to look at the regime as a whole. One must consider the special problem to which the scheme is directed. The problem of how to deal with mentally ill people who commit crimes for which they cannot in justice be held responsible, while protecting public safety, is a unique and difficult one. It is quite a different problem from how to deal with people who commit crimes for which they can and should be held responsible. In judging whether the system Parliament has imposed violates the fundamental principles of justice, these differences must be borne in mind.

66 A related general observation is that the requirements of fundamental justice are not immutable;

une fois, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

Cela nous amène à la question de savoir si, interprété comme il se doit, l'art. 672.54 porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé non responsable criminellement.

B. *L'article 672.54 du Code criminel viole-t-il l'art. 7 de la Charte?*

Les dispositions de la partie XX.1 du *Code criminel* permettent à l'État, par l'entremise d'un tribunal ou d'une commission d'examen, de priver de sa liberté l'accusé non responsable criminellement. Suivant l'art. 7 de la *Charte*, la loi ne peut conférer un tel pouvoir qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Tout d'abord, je ferai quelques observations d'ordre général. Tout système de justice empreint d'humanité doit prévoir la façon de régler les cas où l'auteur du crime reproché n'est pas criminellement responsable. Aux fins de l'art. 7, la question est de savoir si le système canadien est conforme aux principes de justice fondamentale. Lorsque, comme en l'espèce, une structure administrative et juridictionnelle complète a été mise sur pied, il faut considérer le régime dans son ensemble. On doit examiner le problème particulier que ce dernier vise à résoudre. Déterminer le sort qu'il convient de réserver aux malades mentaux qui commettent des crimes dont ils ne peuvent légalement être tenus responsables, tout en assurant la protection du public, est un défi unique et difficile à relever. Cela pose un problème très différent de celui de statuer sur le cas de personnes qui commettent des crimes dont elles peuvent et doivent être tenues responsables. Pour déterminer si le système que le législateur a établi viole les principes de justice fondamentale, on doit tenir compte de cette différence.

J'ajouterai que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon

they vary according to the context in which they are invoked: *Lyons, supra*, at p. 361. In this context, the principles of fundamental justice necessarily involve balancing the interests of the NCR accused against countervailing societal interests. What is required is that the balance be one that is reasonable and justifiable.

The appellants submit that s. 672.54 violates the principles of fundamental justice in three ways: vagueness, improper onus and overbreadth. In my view, correctly read and viewed in their entirety, the NCR provisions violate none of these maxims.

The first submission is that the standard of “significant threat to the safety of the public” in s. 672.54 is too vague. A law will only be found to be unconstitutionally vague if it so lacks precision that it does not give sufficient guidance for legal debate: *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 638-40. As this Court has acknowledged, this is a relatively high threshold. Laws must of necessity cover a variety of situations. Given the infinite variability of conduct, it is impossible to draft laws that precisely foresee each case that might arise. It is the task of judges, aided by precedent and considerations like the text and purpose of a statute, to interpret laws of general application and decide whether they apply to the facts before the court in a particular case. This process is not in breach of the principles of fundamental justice; rather, it is in the best tradition of our system of justice.

The phrase “significant threat to the safety of the public” satisfies the test of providing sufficient precision for legal debate. The standard of “public safety” was found not unconstitutionally vague in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711. “Significant threat” has been applied by lower courts without difficulty: *Davidson, supra*; *R. v. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766 (C.A.). Without purporting to define the term exhaustively, the phrase conjures a

le contexte dans lequel elles sont invoquées: *Lyons*, précité, à la p. 361. Dans le présent contexte, les principes de justice fondamentale exigent nécessairement que l’on pondère les intérêts opposés de l’accusé non responsable criminellement et de la société. Ce qui importe, c’est que cette pondération soit à la fois raisonnable et justifiable.

Les appelants soutiennent que l’art. 672.54 viole les principes de justice fondamentale de trois manières: il est imprécis, il impose un fardeau injuste et il a une portée excessive. À mon avis, correctement interprétées et considérées dans leur ensemble, les dispositions relatives aux accusés non responsables criminellement ne violent les principes de justice fondamentale pour aucun de ces motifs.

Selon la première prétention, la norme du «risque important pour la sécurité du public» établie à l’art. 672.54 serait trop imprécise. Une loi n’est jugée inconstitutionnelle que lorsqu’elle est imprécise au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire: *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, aux pp. 638 à 640. Comme notre Cour l’a reconnu, il s’agit d’un critère assez exigeant. Les lois doivent nécessairement s’appliquer à une variété de situations. Vu la gamme infinie des comportements possibles, les lois ne peuvent être rédigées de façon à prévoir précisément chacun des cas susceptibles de se présenter. Il incombe aux juges, à partir de la jurisprudence et d’éléments comme le libellé et l’objet de la loi, d’interpréter des lois d’application générale et de décider si elles s’appliquent aux faits d’une affaire en particulier. Cette démarche ne viole pas les principes de justice fondamentale, elle est en fait dans la plus pure tradition de notre système de justice.

L’expression «risque important pour la sécurité du public» satisfait au critère qui exige une précision suffisante pour permettre un débat judiciaire. Dans l’arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, notre Cour a statué que la norme de la «sécurité du public» n’était pas d’une imprécision inconstitutionnelle. Quant à la notion de «risque important», elle a été appliquée par les juridictions inférieures sans difficulté: *Davidson*, précité, et *R. c. Peckham*

67

68

69

threat to public safety of sufficient importance to justify depriving a person of his or her liberty. As I stated earlier, there must be a foreseeable and substantial risk that the NCR accused would commit a serious criminal offence if discharged absolutely. It is impossible to predict or catalogue in advance all the types of conduct that may threaten public safety to this extent. It must be left for the court or the Review Board to determine whether the conduct in the case it is assessing meets this standard. In discharging this task, the court or Review Board will bear in mind the high value our society places on individual liberty, as reflected in the *Charter*. It will also bear in mind the need to protect society from significant threats. The final determination is made after hearing evidence and considering the need to protect individual liberty as much as possible as well as the need to protect society. This process, as I have outlined it above, does not violate the principles of fundamental justice.

(1994), 19 O.R. (3d) 766 (C.A.). Sans vouloir définir le terme de façon exhaustive, l'expression évoque un risque pour la sécurité du public suffisamment important pour justifier une privation de liberté. Comme je l'ai dit précédemment, il doit y avoir un risque prévisible et substantiel que l'accusé non responsable criminellement commettra une infraction criminelle grave s'il est libéré inconditionnellement. Il est impossible de prévoir ou de répertorier à l'avance tous les types de comportements susceptibles de représenter un tel risque pour la sécurité du public. On doit laisser au tribunal ou à la commission d'examen le soin de déterminer si un comportement donné satisfait à cette norme. En s'acquittant de cette tâche, le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte de l'importance, qui se traduit dans la *Charte*, que notre société accorde à la liberté individuelle. Il doit également prendre en considération la nécessité de protéger la société contre les risques importants. La décision définitive est rendue après audition de la preuve et prise en compte de la nécessité de protéger le plus possible la liberté individuelle et d'assurer la sécurité du public. Ce processus, comme je l'ai déjà souligné, ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale.

70

The second contention is that s. 672.54 improperly shifts the burden to the NCR accused to prove that he or she will not pose a significant threat to public safety, in violation of the basic maxim that it is for the State, which is depriving a person of liberty, to justify that deprivation. On the interpretation of s. 672.54 proposed earlier, this submission must also fail. Section 672.54 does not create a presumption that an NCR accused poses a significant threat to public safety. Rather, the court or Review Board must have a hearing upon the rendering of an NCR verdict to determine whether the NCR accused actually does, in fact, pose such a threat. Nor does the section require the NCR accused to prove the absence of a significant threat to public safety. It is for the court or Review Board, acting in an inquisitorial capacity, to investigate the situation prevailing at the time of the hearing and determine whether the accused poses a significant threat to the safety of the public. If the

Selon le deuxième argument, l'art. 672.54 imposerait indûment à l'accusé le fardeau de prouver qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, ce qui irait à l'encontre de la règle fondamentale voulant que c'est à l'État qui prive une personne de sa liberté qu'il incombe de justifier sa décision. Vu l'interprétation de l'art. 672.54 exposée précédemment, cette prétention doit aussi être rejetée. La disposition ne crée pas une présomption qu'un accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen doit plutôt, après le prononcé d'un verdict de NRC, tenir une audition pour déterminer si, dans les faits, l'accusé représente un tel risque. La disposition n'exige pas non plus que l'accusé établisse qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. Il appartient au tribunal ou à la commission d'examen, dans le cadre d'une procédure inquisitoire, d'enquêter sur

record does not permit it to conclude that the person constitutes such a threat, the court or Review Board is obliged to make an order for unconditional discharge. If the court or Review Board finds that the person does pose such a threat, it must proceed to make an order discharging the NCR accused on conditions or detaining him or her in a hospital. In all cases, the court or Review Board must make the disposition that is the least restrictive of the NCR accused's liberty possible. This process does not violate the principles of fundamental justice.

The third way s. 672.54 is argued to violate s. 7 of the *Charter* is through overbreadth. The question is whether the means chosen by the State are broader than necessary to achieve the State objective: *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761. The dual objectives of Part XX.1, and s. 672.54 in particular, are to protect the public from the NCR accused who poses a significant threat to public safety while safeguarding the NCR accused's liberty to the maximum extent possible. To accomplish these goals, Parliament has stipulated (on the interpretation of s. 672.54 set out above) that unless it is established that the NCR accused is a significant threat to public safety, he must be discharged absolutely. In cases where such a significant threat is established, Parliament has further stipulated that the least onerous and least restrictive disposition of the accused must be selected. In my view, this scheme is not overbroad. It ensures that the NCR accused's liberty will be trammelled no more than is necessary to protect public safety. It follows that I cannot agree with the contrary decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL).

In addition to the safeguards of the NCR accused's liberty found in s. 672.54, Part XX.1 further protects his or her liberty by providing for, at

la situation qui existe au moment de l'audition et de déterminer si l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. Lorsque le dossier ne permet pas de conclure que la personne représente un tel risque, le tribunal ou la commission d'examen est tenu d'ordonner la libération inconditionnelle. Lorsqu'il conclut que la personne représente effectivement un tel risque, le tribunal ou la commission d'examen doit rendre une décision portant libération de l'accusé sous réserve de modalités ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital. Dans tous les cas, le tribunal ou la commission d'examen doit rendre la décision la moins privative de liberté possible. Ce processus ne viole pas les principes de justice fondamentale.

En troisième lieu, l'art. 672.54 violerait l'art. 7 de la *Charte* en raison de sa portée excessive. La question est de savoir si les moyens choisis par l'État ont une portée plus grande que nécessaire pour atteindre l'objectif visé: *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761. Le double objectif de la partie XX.1, et de l'art. 672.54 en particulier, est de protéger la société contre l'accusé non responsable criminellement et qui représente un risque important pour la sécurité du public, tout en préservant dans la plus grande mesure possible sa liberté. Pour atteindre cet objectif, le législateur a prévu (selon l'interprétation de la disposition exposée précédemment) que l'accusé doit être libéré inconditionnellement à moins qu'il ne soit établi qu'il représente un risque important pour la sécurité du public. En outre, dans le cas où l'existence d'un risque important est prouvée, le législateur a prévu que l'accusé doit bénéficier de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible. J'estime donc que ce régime n'a pas une portée excessive. Il fait en sorte que la liberté de l'accusé ne soit pas entravée plus qu'il n'est nécessaire pour protéger la sécurité du public. Je ne saurais donc être d'accord avec la décision contraire de la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL).

Outre les garanties accordées à l'art. 672.54, la partie XX.1 protège la liberté de l'accusé non responsable criminellement en prévoyant, tout au

minimum, annual consideration of the case by the Review Board: s. 672.81. The NCR accused has the right to appeal to the Court of Appeal a disposition made by a court or Review Board: s. 672.72. If a court or Review Board fails to interpret and apply s. 672.54 correctly and unduly impinges on the NCR accused's liberty, the NCR accused therefore has an appropriate remedy.

moins, l'examen annuel de son cas par la commission d'examen: art. 672.81. L'accusé a le droit d'interjeter appel à la cour d'appel d'une décision d'un tribunal ou d'une commission d'examen: art. 672.72. Lorsque le tribunal ou la commission d'examen omet d'interpréter et d'appliquer correctement l'art. 672.54 et empiète indûment sur le droit à la liberté de l'accusé, celui-ci a donc un recours approprié.

73 For these reasons, I conclude that the legislative scheme Parliament has established to deal with persons found not criminally responsible for offences does not infringe s. 7 of the *Charter*.

Par ces motifs, je conclus que le régime législatif établi à l'égard des personnes tenues non criminellement responsables ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

*C. Does Section 672.54 of the Criminal Code Infringe Section 15 of the Charter?*

*C. L'article 672.54 du Code criminel viole-t-il l'art. 15 de la Charte?*

74 The *Charter's* equality guarantee forbids, among other things, laws or other government actions that treat an individual unequally on the basis of stereotypical group-based distinctions. Such actions are repugnant to our constitutional order because instead of treating an individual as equally deserving of concern, respect, and consideration, they disadvantage that individual arbitrarily and stereotypically.

En raison du droit à l'égalité garanti par la *Charte*, les lois et autres mesures gouvernementales ne peuvent, entre autres choses, établir à l'égard d'une personne une distinction fondée sur l'application stéréotypée de caractéristiques de groupe. Cela répugne à notre ordre constitutionnel, car au lieu de considérer que la personne mérite le même intérêt, le même respect et la même considération, on la défavorise arbitrairement et en fonction d'un stéréotype.

75 The central purpose of the guarantee in s. 15(1) is to protect an individual's right to be treated with dignity. Our Court has recently re-affirmed this principle in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, where Iacobucci J. had occasion to discuss "human dignity" this way, at para. 53:

L'objectif principal de la garantie inscrite au par. 15(1) est de protéger le droit d'une personne d'être traitée avec dignité. Notre Cour a récemment réaffirmé ce principe dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, dans lequel le juge Iacobucci a eu l'occasion d'aborder la notion de «dignité humaine» de la façon suivante, au par. 53:

What is human dignity? There can be different conceptions of what human dignity means. For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed

En quoi consiste la dignité humaine? Il peut y avoir différentes conceptions de ce que la dignité humaine signifie. Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de

by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

The effect of a law on the dignity of the claimant is to be assessed from the perspective of a “reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant”:  
*Law*, at para. 60, *per* Iacobucci J. All the circumstances must be considered when answering this fundamental question. What is relevant in a particular case will vary with the situation.

Although there is no requirement to adhere to a strict formula, this Court indicated in *Law* that there are three central issues to be addressed in the course of a purposive application of s. 15(1). In its analysis, a court should consider, first, whether a law imposes differential treatment between the claimant and others. Differential treatment may occur where a formal distinction is drawn between the complainant and others on the basis of one or more personal characteristics, or where the impugned law fails to take into account the claimant’s already disadvantaged position within Canadian society, resulting in substantively different treatment between the claimant and others based on one or more personal characteristics.

Differential treatment only engages the s. 15(1) guarantee when it is discriminatory in a substan-

l’intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n’ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d’égalité, la dignité humaine n’a rien à voir avec le statut ou la position d’une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu’une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l’ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

L’effet d’une loi sur la dignité du demandeur doit être évalué du point de vue de «la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d’attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur»: *Law*, au par. 60, le juge Iacobucci. On doit tenir compte de toutes les circonstances en répondant à cette question fondamentale. Les éléments pertinents de l’affaire varieront selon la situation.

Bien qu’il n’existe aucune exigence voulant qu’il faille adhérer à une formule stricte, notre Cour a indiqué dans *Law* qu’une interprétation du par. 15(1) fondée sur l’objet fait intervenir trois questions primordiales. Dans son analyse, le tribunal doit d’abord se demander si la loi impose une différence de traitement entre le demandeur et d’autres personnes. Il peut y avoir différence de traitement lorsqu’une distinction formelle est établie entre le demandeur et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou lorsque la loi contestée omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles.

Cependant, la différence de traitement ne fait intervenir le droit garanti au par. 15(1) que lors-

76

77

tive sense, however. To demonstrate discrimination, a claimant must show (1) that the differential treatment is based on one or more of the grounds enumerated in s. 15(1) or one or more grounds that are analogous thereto, and (2) that the differential treatment imposes a burden or withholds a benefit in a manner that fails to recognize s. 15(1)'s purpose of maintaining the claimant's essential dignity as an individual member of Canadian society: *Law, supra*, at para. 88. See also *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

qu'elle est réellement discriminatoire. Pour établir qu'il y a discrimination, le demandeur doit démontrer (1) que la différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés au par. 15(1) ou des motifs analogues à ces derniers, et (2) que la différence de traitement impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui omet de reconnaître l'objet du par. 15(1), qui est de maintenir la dignité essentielle du demandeur en tant que membre à part entière de la société canadienne: *Law*, précité, au par. 88. Voir également *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

78

The first requirement of s. 15(1), differential treatment on the basis of a personal characteristic, is not usually difficult to establish: *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at p. 531, *per La Forest J.* Here, Part XX.1 may be seen as treating NCR accused differently from other accused persons on the basis of mental illness at the time of the criminal act. More particularly, it may be seen as denying NCR accused benefits and imposing burdens on NCR accused that are not denied to or imposed upon convicted persons. Chief among these suggested burdens is what is claimed to be the "indeterminate sentence" mandated by Part XX.1. This submission rests on the view that the constraints imposed by the State on an NCR accused may be compared to those imposed on a non-NCR convicted person. I agree that s. 15(1) requires a court to compare the State's treatment of two or more individuals or groups. Equality is a comparative concept: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 164; *Law, supra*, at para. 24.

Le premier élément exigé aux fins du par. 15(1), soit la différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, n'est généralement pas difficile à prouver: *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la p. 531, le juge La Forest. En l'espèce, on peut interpréter la partie XX.1 comme traitant l'accusé non responsable criminellement différemment des autres personnes accusées, en raison des troubles mentaux dont il souffrait lors de la perpétration de l'acte criminel. Plus particulièrement, on peut l'interpréter comme privant cet accusé d'avantages consentis aux personnes déclarées coupables ou lui imposant des fardeaux auxquels ces dernières échappent. L'un des premiers fardeaux dont il est fait mention est ce qui, selon certains, constitue la «peine indéterminée» qui découle de l'application de la partie XX.1. Cette prétention est fondée sur le point de vue que les restrictions imposées par l'État à l'accusé non responsable criminellement peuvent être comparées à celles qui sont imposées à la personne déclarée coupable ne faisant pas l'objet d'un verdict de NRC. Je conviens que le par. 15(1) exige que le tribunal compare la façon dont l'État traite deux, voire plusieurs individus ou groupes. L'égalité est un concept comparatif: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 164; *Law*, précité, au par. 24.

79

It is far from clear to me that the State's treatment of an NCR accused and its treatment of a convicted person are readily comparable for the purposes of identifying differential treatment, given the very different circumstances of an NCR

Il est loin d'être clair selon moi que la façon dont l'État traite un accusé non responsable criminellement et la façon dont il traite une personne déclarée coupable peuvent facilement être comparées aux fins de découvrir une différence de traite-

accused and the unique purpose and effects of the provisions contained in Part XX.1. Nonetheless, in *Law* this Court held that, at this initial stage, “[i]t is the claimant who generally chooses the person, group, or groups with whom he or she wishes to be compared for the purpose of the discrimination inquiry, thus setting the parameters of the alleged differential treatment that he or she wishes to challenge” (para. 58). The court must then consider whether any differential treatment by the State arising from that comparison is discriminatory. Only then does the question become whether that comparison reveals a violation of essential human dignity and freedom. Although this Court cautioned in *Law* that a court is not bound by a claimant’s characterization of the appropriate comparison, I am willing to accept the appellants’ submission and proceed on the assumption that a comparison between the State’s treatment of an NCR accused and its treatment of a convicted person would indicate the existence of differential treatment on the basis of a personal characteristic, namely mental illness.

The second inquiry — and the more substantial one — is whether the purported differential treatment is discriminatory. The first consideration at this stage is whether the distinction is made on the basis of an enumerated or analogous ground. In the case at bar, it is. Mental disability is a ground enumerated in s. 15(1). The special treatment mandated by Part XX.1 is founded on the presence of a particular type of mental disability at the time of commission of the criminal act.

The second consideration at this stage is whether any such differential treatment on the basis of an enumerated or analogous ground reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or otherwise violates s. 15(1)’s guarantee that every individual is

ment, vu la situation très particulière de l’accusé non responsable criminellement, ainsi que l’objectif et les effets uniques des dispositions de la partie XX.1. Néanmoins, dans *Law*, notre Cour a conclu qu’à cette étape initiale, «[c]’est généralement le demandeur qui choisit la personne, le groupe ou les groupes avec lesquels il désire être comparé aux fins de l’analyse relative à la discrimination, déterminant ainsi les paramètres de la différence de traitement qu’il allègue et qu’il souhaite contester» (par. 58). Le tribunal doit ensuite déterminer si la différence de traitement par l’État découverte, le cas échéant, par suite de cette comparaison est discriminatoire. Ce n’est qu’à ce stade que se pose la question de savoir si cette comparaison fait ressortir l’existence d’une violation de la dignité humaine et de la liberté essentielles. Bien que notre Cour ait fait dans l’arrêt *Law* une mise en garde selon laquelle un tribunal n’est pas lié par la façon dont le demandeur caractérise ce qui constitue la comparaison appropriée, je suis disposée à accepter la prétention des appelants et à traiter de l’affaire en partant du principe qu’une comparaison entre la façon dont l’État traite un accusé non responsable criminellement et la façon dont il traite une personne déclarée coupable ferait ressortir l’existence d’une différence de traitement fondée sur une caractéristique personnelle, soit la maladie mentale.

Le deuxième élément exigé aux fins du par. 15(1) — l’élément le plus important — est que la différence de traitement soit discriminatoire. La première étape consiste à déterminer si la distinction est établie sur la base d’un motif énuméré ou d’un motif analogue. C’est le cas en l’espèce. La déficience mentale est un motif énuméré au par. 15(1). Le traitement spécial prévu à la partie XX.1 est justifié par l’existence d’un type particulier de déficience mentale au moment où l’acte criminel est commis.

La seconde étape consiste à déterminer si une telle différence de traitement établie sur la base d’un motif énuméré ou d’un motif analogue dénote l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou viole par ailleurs le droit garanti au par. 15(1), selon lequel

80

81

equally entitled to the law's concern, respect, and consideration. Denial of equal benefit of the law on the basis of an enumerated or analogous ground obviously raises the very real possibility that the denial may be discriminatory. Such denials are suspect. They are the sorts of denials that have historically led to discrimination. As stated in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, "[w]here the denial [of equal benefit] is based on a ground expressly enumerated in s. 15(1), or one analogous to them, it will generally be found to be discriminatory, although there may, of course, be exceptions" (para. 69). In *Law*, this Court recently found one of these exceptions.

tous méritent le même intérêt, le même respect et la même considération. De toute évidence, il est réellement possible que la négation du droit au même bénéfice de la loi sur le fondement d'un motif énuméré ou d'un motif analogue soit discriminatoire. Une telle négation est suspecte, car elle fait partie des négations qui, par le passé, ont entraîné une discrimination. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, «[l]orsque la négation du droit [au même bénéfice de la loi] est fondée sur l'un des motifs expressément énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue, elle sera généralement jugée discriminatoire, bien qu'il puisse évidemment y avoir des exceptions» (par. 69). Dans *Law*, notre Cour a récemment identifié l'une de ces exceptions.

82 This case, in my view, is also one of those exceptions. An analysis of these provisions of the *Criminal Code* and their effect upon NCR accused reveals them to be the very antithesis of discrimination and hence not to engage the protections of s. 15(1). Part XX.1 does not reflect the application of presumed group or personal characteristics. Nor does it perpetuate or promote the view that individuals falling under its provisions are less capable or less worthy of respect and recognition. Rather than denying the dignity and worth of the mentally ill offender, Part XX.1 recognizes and enhances them.

La présente espèce constitue, à mon avis, l'une de ces exceptions. Une analyse de ces dispositions du *Code criminel* et de leur effet sur l'accusé non responsable criminellement révèle qu'elles sont tout le contraire de la discrimination et, par conséquent, elles ne mettent pas en cause les garanties prévues au par. 15(1). La partie XX.1 ne dénote pas l'application de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe. Elle ne perpétue ni ne soutient l'opinion que les personnes visées par ses dispositions sont moins capables ou moins dignes d'être reconnues. Au lieu de nier la dignité et la valeur du contrevenant souffrant de maladie mentale, la partie XX.1 les reconnaît et les rehausse.

83 As this Court recently recognized in *Law*, it has long been held that s. 15(1) guarantees more than the formal equality of like treatment; it guarantees substantive equality. See also *Andrews, supra*; *Vriend, supra*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624. To this end, the jurisprudence recognizes that discrimination may arise either from treating an individual differently from others on the basis of group affiliation, or from failing to treat the individual differently from others on the basis of group affiliation.

Comme notre Cour l'a récemment reconnu dans *Law*, on considère depuis longtemps que le par. 15(1) garantit non seulement l'égalité formelle d'un traitement analogue, mais aussi l'égalité réelle. Voir également *Andrews* et *Vriend*, précités, et *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. En ce sens, la jurisprudence reconnaît que la discrimination peut résulter soit d'une différence de traitement fondée sur l'appartenance à un groupe, soit de l'omission de traiter une personne différemment des autres en raison de son appartenance à un groupe.

84 Consider the example of the hearing impaired, recently reviewed by this Court in *Eldridge, supra*. If a law stated that hearing impaired people did not

Prenons l'exemple de la déficience auditive récemment considéré par notre Cour dans l'arrêt *Eldridge*, précité. La loi qui disposerait que la per-

have the right to public medical treatment, it would treat the hearing impaired individual differently from others. It would likely be characterized as discriminatory, in the sense that concept is understood in our s. 15(1) jurisprudence. But as is clear from *Eldridge* a law that treats the hearing impaired like others may also deny equal medical treatment, by failing to recognize the special situation of hearing impaired people which requires that they be provided with translation services in order to communicate with medical personnel. In the first case, the law discriminates by treating the individual differently on the basis of a group characteristic; in the second, the law discriminates by failing to take account of a group characteristic when the special position of the individual mandates that it should do so. See also *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 66. Regardless of how the discrimination is brought about, the effect is the same — to deny equal treatment on the basis of an unfounded assumption. It follows that different legal treatment reflecting the particular needs and circumstances of an individual or group may not only be justified, but may be required in order to fulfill s. 15(1)'s purpose of achieving substantive equality.

The question here is whether s. 672.54 is discriminatory in the substantive sense denoted by our s. 15(1) jurisprudence. It will be apparent from the earlier discussion of the legislative history of Part XX.1 that it was adopted for the purpose of eliminating the stereotyping and stigmatization that mentally ill accused had historically suffered. The stereotype of the “mad offender” too often led to the institutionalization of an acquitted accused or worse, incarceration in prisons where they were denied the medical attention they required and were subjected to abuse. By forcing an accused to face indefinite detention at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council, on the assumption that such confinement was necessary for purposes of public safety, it encouraged the characterization of mentally ill people as quasi-criminal and

sonne affligée d'une telle déficience n'a pas droit aux services médicaux publics traiterait cette personne différemment des autres. Elle serait probablement qualifiée de discriminatoire au sens que notre jurisprudence concernant le par. 15(1) donne à ce concept. Il ressort toutefois de l'arrêt *Eldridge* que la loi qui traite la personne atteinte de déficience auditive comme les autres peut également priver celle-ci de l'égalité d'accès aux services médicaux publics en ne tenant pas compte de sa situation particulière et de la nécessité de lui offrir des services d'interprétation qui lui permettent de communiquer avec le personnel médical. Dans le premier cas, la loi exerce une discrimination en traitant la personne différemment en raison d'une caractéristique de groupe; dans le second, elle est discriminatoire parce qu'elle omet de tenir compte d'une caractéristique de groupe lorsque la situation particulière d'une personne l'exige. Voir également *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au par. 66. Peu importent les modalités de la discrimination, l'effet est le même — l'égalité de traitement est niée sur la base d'une supposition non fondée. Il s'ensuit qu'une différence de traitement établie dans la loi qui reflète les besoins particuliers et la situation particulière d'un individu ou d'un groupe peut être non seulement justifiée, mais aussi exigée, pour l'atteinte de l'objectif du par. 15(1) qui vise à réaliser l'égalité réelle.

La question en l'espèce est de savoir si l'art. 672.54 est réellement discriminatoire au sens exprimé dans notre jurisprudence concernant le par. 15(1). Comme je l'ai indiqué précédemment en faisant son historique, la partie XX.1 a été adoptée afin de supprimer les stéréotypes et la stigmatisation dont les malades mentaux ont été victimes dans le passé. Le stéréotype du «criminel dément» a trop souvent mené à l'internement de l'accusé acquitté ou, pis encore, à sa détention en milieu carcéral où les soins dont il avait besoin lui étaient niés et où il faisait l'objet d'abus. En exposant l'accusé à une détention d'une durée indéterminée selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur en conseil, sur le fondement de la supposition que cette détention était nécessaire aux fins de la sécurité du public, le stéréotype a favorisé l'assi-

contributed to the view that the mentally ill were always dangerous, a view we now know to be largely unfounded. In many cases, indeed, it treated people who had committed no crime and indeed were not capable of criminal responsibility worse than true criminals, sometimes using jails as the places of detention. For all these reasons and more, Parliament enacted Part XX.1 of the *Criminal Code*.

milation du malade mental à un quasi-criminel et a contribué au point de vue, depuis lors largement réfuté, selon lequel l'aliéné est toujours une personne dangereuse. Dans bien des cas, des personnes qui n'avaient commis aucun crime et qui ne pouvaient pas véritablement engager leur responsabilité criminelle avaient droit à un traitement pire que celui réservé aux vrais criminels et elles étaient souvent gardées en prison. Pour tous ces motifs, entre autres, le Parlement a adopté la partie XX.1 du *Code criminel*.

86

It is thus clear that it was not the intention of Parliament to discriminate against NCR accused in enacting Part XX.1 of the *Criminal Code*. Rather, it was Parliament's intention to combat discrimination and treat individuals who commit criminal acts which they cannot know are wrong in a way appropriate to their true situation. But good intentions, while important, are not enough to establish lack of discrimination. We must go further and ask whether in its effect Part XX.1 reflects a stereotypical application of presumed group characteristics or otherwise denies the essential dignity of NCR accused.

Il appert donc que l'intention du législateur n'était pas d'exercer une discrimination à l'endroit de l'accusé non responsable criminellement. Son objectif était plutôt de combattre la discrimination et de traiter d'une façon adaptée à sa situation véritable la personne qui commet un acte criminel sans pouvoir distinguer le bien du mal. Toutefois, bien qu'elles soient importantes, les bonnes intentions ne suffisent pas à établir l'absence de discrimination. Il faut pousser plus loin l'analyse et se demander si, dans ses effets, la partie XX.1 dénote l'application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe ou prive par ailleurs l'accusé non responsable criminellement de sa dignité essentielle.

87

As Iacobucci J. pointed out in *Law, supra*, "[t]here is a variety of factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation has the effect of demeaning his or her dignity, as dignity is understood for the purpose of the *Charter* equality guarantee" (para. 62). Although Iacobucci J. considered four factors in *Law*, he was careful to note that each case may raise different consideration (at para. 62). However, a key factor is the operation of stereotypical assumptions and the impact of those assumptions on the dignity of the individual, particularly where the claimant is a member of a group that could, in a general sense, be said to suffer from pre-existing disadvantages. The sad history of our society's treatment of vulnerable mentally disordered offenders makes this a particularly important consideration in the context of this case.

Comme l'a souligné le juge Iacobucci dans *Law*, précité, «[i]l existe une gamme de facteurs sur lesquels peut s'appuyer un demandeur pour démontrer que des dispositions législatives ont pour effet de saper sa dignité, au sens où ce terme est interprété aux fins de la garantie d'égalité de la *Charte*» (par. 62). Bien que le juge Iacobucci ait tenu compte de quatre facteurs dans *Law*, précité, il a pris soin de souligner que chaque cas pouvait soulever des considérations différentes (au par. 62). Cependant, l'application de stéréotypes et l'incidence de tels stéréotypes sur la dignité de l'individu, en particulier lorsque le demandeur appartient à un groupe qui, de façon générale, peut être considéré comme souffrant de désavantages préexistants, est un facteur clé. La façon déplorable dont notre société a historiquement traité les contrevenants vulnérables atteints de troubles mentaux rend cette considération particulièrement importante dans le contexte de la présente affaire.

The essence of stereotyping, as mentioned above, lies in making distinctions against an individual on the basis of personal characteristics attributed to that person not on the basis of his or her true situation, but on the basis of association with a group: *Andrews, supra*, at pp. 174-75; *Law, supra*, at para. 61. The question is whether Part XX.1 in effect operates against individual NCR accused in this way. In my view, it does not. At every stage, Part XX.1 treats the individual NCR accused on the basis of his or her actual situation, not on the basis of the group to which he or she is assigned. Before a person comes under Part XX.1, there must be an individual assessment by a trial judge based on evidence with full access to counsel and other constitutional safeguards. A person falls under Part XX.1 only if the judge is satisfied that he or she was unable to know the nature of the criminal act or that it was wrong. The assessment is based on the individual's situation. It does not admit of inferences based on group association. More importantly, the disposition of the NCR accused is similarly tailored to his or her individual situation and needs, and is subject to the overriding rule that it must always be the least restrictive avenue appropriate in the circumstances. Finally, the provision for an annual review (at a minimum) of the individual's status ensures that his or her actual situation as it exists from time to time forms the basis of how he or she is to be treated.

This individualized process is the antithesis of the logic of the stereotype, the evil of which lies in prejudging the individual's actual situation and needs on the basis of the group to which he or she is assigned. As this Court recognized in *Law*, at para. 70:

As a general matter, as stated by McIntyre J. in *Andrews, supra*, and by Sopinka J. in *Eaton, supra*, and referred to above, legislation which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity.

L'essence d'un stéréotype, comme je l'ai indiqué précédemment, consiste à faire une distinction sur la base de caractéristiques personnelles qui sont attribuées à une personne non pas à partir de sa situation véritable, mais en raison de son association avec un groupe: *Andrews*, précité, aux pp. 174 et 175; *Law*, précité, au par. 61. La question est de savoir si la partie XX.1 crée une telle discrimination à l'égard de l'accusé non responsable criminellement. J'estime que non. À chacune des étapes, la partie XX.1 traite l'accusé non responsable criminellement selon sa situation véritable, et non en fonction du groupe auquel il est associé. Avant qu'une personne ne soit assujettie à la partie XX.1, le juge du procès doit effectuer une évaluation individuelle à partir de la preuve, tout en protégeant pleinement le droit d'être représenté par avocat et les autres garanties constitutionnelles. La partie XX.1 ne s'applique que lorsque le juge est convaincu que la personne n'était pas en mesure de savoir que l'acte était criminel ou mauvais. L'évaluation se fonde sur la situation personnelle de l'intéressé. Elle n'admet aucune inférence fondée sur l'association avec un groupe. Plus encore, la décision tient compte de la situation et des besoins personnels de l'accusé et, en outre, elle est assujettie à la règle primordiale selon laquelle il doit toujours s'agir de l'avenue la moins privative de liberté dans les circonstances. Enfin, l'examen qui a lieu (au moins) une fois l'an garantit à l'intéressé un traitement fondé sur l'évolution de sa situation personnelle évaluée périodiquement.

Ce processus individualisé est l'antithèse même de la logique du stéréotype, dont le mal consiste à préjuger de la situation et des besoins véritables de l'individu en raison du groupe auquel on l'associe. Comme notre Cour l'a reconnu dans *Law*, au par. 70:

En règle générale, comme l'ont dit le juge McIntyre dans *Andrews*, précité, et le juge Sopinka dans *Eaton*, précité, et comme je l'ai indiqué précédemment, la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d'autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d'une façon qui respecte leur valeur en tant qu'êtres humains et que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d'avoir un effet négatif sur la dignité humaine.

The individualized scheme of Part XX.1, therefore, does not readily permit a finding of discrimination, as that term is understood in our s. 15(1) jurisprudence.

90

But individual treatment, by itself, cannot defeat a s. 15(1) claim: *Law*, at para. 70. A court must go further and assess the actual impact of the differential treatment on the claimant's dignity, always from the perspective of a "reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as, the claimant" (para. 60). From this perspective, the key feature of Part XX.1 — treating every NCR accused having appropriate regard to his or her particular situation — far from being a denial of equality, constitutes the essence of equal treatment from a substantive point of view. It does not disadvantage or treat unequally the NCR accused, but rather recognizes the NCR accused's disability, incapacity and particular personal situation and, based upon that recognition, creates a system of individualized assessment and treatment that deliberately undermines the invidious stereotype of the mentally ill as dangerous. It treats NCR accused more appropriately and more equally.

91

Earlier in these reasons, I rejected the view that Part XX.1 perpetuates the view that all NCR are dangerous, or even presumptively dangerous. On the contrary, in neither its purpose nor its effect does the differential treatment mandated by Part XX.1 send a negative message to society about the NCR accused. Nor can it reasonably be understood to demean their dignity as individual human beings. Rather, the process it lays down and the treatment options for which it provides embody the message that every NCR accused is equally entitled to all protections available to other people, subject only to such constraints as may be required as a result of his or her illness in the interest of public safety. In its purpose and effect, it reflects the view that NCR accused are entitled to sensitive care, rehabilitation and meaningful attempts to fos-

Le régime individualisé prévu à la partie XX.1 ne permet donc pas facilement de conclure à l'existence d'une discrimination au sens que notre jurisprudence concernant le par. 15(1) donne à ce terme.

Cependant, le traitement individuel en soi ne suffit pas pour faire échouer une demande présentée en vertu du par. 15(1): *Law*, au par. 70. Le tribunal doit pousser l'analyse plus loin et évaluer l'incidence véritable de la différence de traitement sur la dignité du demandeur, toujours du point de vue de «la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur» (par. 60). De ce point de vue, la principale caractéristique de la partie XX.1, savoir le traitement établi en fonction de la situation particulière de tout accusé non responsable criminellement, loin de constituer un déni d'égalité, est l'essence même d'une égalité de traitement réelle. L'accusé n'est ni défavorisé ni privé de son droit à l'égalité. Sa déficience, son incapacité et sa situation personnelle particulière sont au contraire reconnues et, partant, le système d'évaluation et de traitement individualisés qui est créé bat délibérément en brèche le stéréotype déplorable selon lequel tout malade mental est dangereux. Le traitement accordé à l'accusé est plus approprié et respecte davantage son droit à l'égalité.

J'ai précédemment rejeté, dans les présents motifs, l'opinion selon laquelle la partie XX.1 perpétue l'idée que tous les accusés non responsables criminellement sont dangereux, voire présumés dangereux. Au contraire, ni l'objectif ni l'effet de la différence de traitement qui découle de la partie XX.1 ne transmettent à la société un message négatif concernant ces accusés. On ne peut non plus raisonnablement considérer que la partie XX.1 amoindrit leur dignité en tant qu'êtres humains. Le processus qu'elle établit et les possibilités de traitement qu'elle prévoit donnent plutôt expression au message selon lequel tout accusé non responsable criminellement a droit aux mêmes garanties que les autres justiciables, sous réserve uniquement des contraintes justifiées par sa maladie et par la nécessité d'assurer la sécurité du

ter their participation in the community, to the maximum extent compatible with the individual's actual situation.

Other arguments for a violation of s. 15(1) are equally unavailing. It is argued that petty acts can lead to lengthy restrictions. But this argument essentially reiterates the s. 7 challenge, which, in light of the preferred reading of the statute set out above, fails. Moreover, even if this argument were viewed as sounding under s. 15(1), it is unpersuasive. Undesirable or even erroneous detention is possible under any system. Part XX.1, properly applied, avoids undue confinement or restrictions on liberty by its emphasis on individual, ongoing assessment and the terms of s. 672.54 mandating the imposition of the least restrictive terms consistent with the circumstances. Similarly, the argument that the NCR accused does not enjoy the procedural advantages of the general criminal system fails when one takes into account the specific additional procedural safeguards embodied in Part XX.1, including the affirmative duty on the Board to consider the accused's personal needs and to impose the least restrictive order compatible with the circumstances.

The appellants also emphasize the "infinite" potential of supervision of an NCR accused. As alluded to earlier, this argument overlooks the fundamental distinction between the State's treatment of an NCR accused and its treatment of a convicted person. One purpose of incarcerating a convicted offender is punishment. The convicted offender is morally responsible for his or her criminal act and is told what punishment society demands for the crime. The sentence is thus finite (even if not fixed, i.e., a "life" sentence). By con-

public. L'objectif et l'effet de la partie XX.1 représentent le point de vue selon lequel l'accusé non responsable criminellement a le droit de recevoir des soins attentifs, d'être réadapté, et de faire l'objet de tentatives valables en vue de sa participation à la société dans la plus grande mesure possible, compte tenu de sa situation véritable.

D'autres arguments invoqués à l'appui de l'allégation de violation du par. 15(1) ne résistent pas non plus à l'analyse. Les appelants soutiennent que des actes de peu de gravité peuvent entraîner de longues privations de liberté. Or, ils reprennent essentiellement en cela l'argument relatif à l'art. 7, qui, compte tenu de l'interprétation de la loi que j'ai préconisée précédemment, doit être rejeté. Qui plus est, même s'il était considéré en fonction du par. 15(1), cet argument ne serait pas convaincant. Le risque de détention non souhaitable ou même non fondée est inhérent à tout système. L'application appropriée de la partie XX.1 permet d'éviter l'internement ou la privation de liberté injustifiés, l'accent étant mis sur l'évaluation individuelle et périodique, et l'art. 672.54 prévoyant la décision la moins privative de liberté qui puisse être rendue dans les circonstances. De même, l'argument voulant que l'accusé non responsable criminellement ne bénéficie pas des avantages procéduraires généralement conférés par l'ensemble du système de justice pénale ne peut être retenu si l'on considère les garanties procédurales supplémentaires que prévoit la partie XX.1, y compris l'obligation expresse de la commission de tenir compte des besoins personnels de l'accusé et de rendre la décision la moins privative de liberté qui soit dans les circonstances.

Les appelants ont également souligné le fait que la surveillance d'un accusé non responsable criminellement peut avoir une durée «indéterminée». Comme j'y ai déjà fait allusion, cet argument fait fi de la différence fondamentale qui existe entre la façon dont l'État traite un accusé non responsable criminellement et celle dont il traite une personne déclarée coupable. L'un des objectifs de l'incarcération d'un contrevenant déclaré coupable est de le punir. Ce dernier est moralement responsable de l'acte criminel qu'il a commis et il se voit infliger

trast, it has been determined that the NCR offender is not morally responsible for his or her criminal act. Punishment is morally inappropriate and ineffective in such a case because the NCR accused was incapable of making the meaningful choice upon which the punishment model is premised. Because the NCR accused's liberty is not restricted for the purpose of punishment, there is no corresponding reason for finitude. The purposes of any restriction on his or her liberty are to protect society and to allow the NCR accused to seek treatment. This requires a flexible approach that treats the length of the restriction as a function of these dual aims, and renders a mechanistic comparison of the duration of confinement inappropriate.

le châtimeur que la société exige pour ce crime. La durée de la peine est donc déterminée (même si elle n'est pas précise, c.-à-d. une peine «d'emprisonnement à perpétuité»). Par contre, il a été établi que l'accusé non responsable criminellement n'est pas moralement responsable de l'acte criminel qu'il a commis. Le châtimeur est moralement inapproprié et inefficace dans un tel cas, car cet accusé était incapable de faire le choix rationnel sur lequel le modèle punitif est fondé. Or, comme la liberté de l'accusé non responsable criminellement n'est pas restreinte en vue de le punir, il n'existe pas de raison correspondante de limitation dans le temps. Les objectifs de toute privation de liberté dans son cas visent à protéger la société et à lui permettre de se faire traiter. Cela exige une démarche souple qui tient compte de la durée de la privation de liberté en fonction de ces deux objectifs et rend inutile toute comparaison mécaniste quant à la durée d'une détention.

94

In asserting that NCR accused must be treated "the same" as criminally responsible offenders who commit the same criminal act, the appellants assume that the infringement of their liberty is meant to serve the same function that it does for those found guilty of criminal offences. As I noted, this is mistaken. Any restrictions on the liberty of NCR accused are imposed for essentially rehabilitative and not penal purposes. In the words of Taylor J.A., unlike the sanctions faced by a convicted person, the scheme that addresses NCR accused "exact[s] no penalty, imposes no punishment and casts no blame": *Blackman v. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412 (B.C.C.A.), at p. 433. Accordingly, a formalistic comparison of the "sentences" imposed on these two types of individuals belies a purposive understanding of the statutory provisions in issue.

En prétendant que l'accusé non responsable criminellement doit être traité «de la même façon» que le contrevenant qui engage sa responsabilité criminelle en commettant la même infraction, les appelants partent du principe que la privation de liberté a le même but dans les deux cas. Comme je l'ai déjà souligné, c'est une erreur. Toute restriction de la liberté d'un accusé non responsable criminellement est infligée essentiellement à des fins de réadaptation, et non à des fins pénales. Comme l'a dit le juge Taylor, contrairement aux peines qu'une personne déclarée coupable risque d'encourir, le régime applicable aux accusés non responsables criminellement [TRADUCTION] «n'exige aucune sanction, n'inflige aucune peine et n'impute aucun blâme»: *Blackman c. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412 (C.A.C.-B.), à la p. 433. Par conséquent, la comparaison formaliste des «peines» infligées à ces deux types d'individus est contraire à une interprétation fondée sur l'objet des dispositions législatives en cause.

95

These considerations satisfy me that Part XX.1 does not discriminate against NCR accused. Another way of making the same point might have been to hold that because of the focus on appropri-

Ces considérations me convainquent que la partie XX.1 n'est pas discriminatoire envers l'accusé non responsable criminellement. J'aurais pu tout aussi bien conclure que, en raison de l'accent mis

ate treatment in accordance with the individual's situation mandated by Part XX.1, there is no real imposition of a burden on or withholding of a benefit from NCR accused. Indeed, read properly, it is difficult to conclude that the NCR regime inflicts an adverse impact on the NCR accused at all. Each person receives the treatment his or her actual situation demands, and each person is restrained only to the extent required to protect the public. Part XX.1 does not further the belief that NCR accused are less deserving of equal respect, consideration, or value. On the contrary, in its purpose and effect, Part XX.1 advances the opposite view.

I acknowledge that if s. 672.54 were read as raising a presumption of dangerousness and as permitting courts and Review Boards to restrict the liberty of the NCR accused in the absence of a considered conclusion that he or she posed a significant threat to the safety of the public, as may regrettably sometimes have happened in the past, one could argue that it would serve to disadvantage NCR offenders in a discriminatory manner. Applied as suggested in these reasons, however, s. 672.54 serves to ensure that each NCR accused is treated appropriately, having regard to his or her particular situation and in a way that is minimally onerous and restrictive. All of this promotes the view that, whatever may have been the situation in the past, s. 672.54 recognizes that NCR accused are equally deserving of the law's concern, respect and consideration.

I conclude that Part XX.1 of the *Criminal Code* does not infringe s. 15(1) of the *Charter*. A reasonable person, fully apprised of all the circumstances and the characteristics of the claimant, would not find these provisions to be discriminatory. They promote, rather than deny, the claimant's right to

sur la détermination d'un traitement approprié en fonction de la situation de la personne, l'application de la partie XX.1 n'impose en réalité aucun fardeau à l'accusé non responsable criminellement et ne prive ce dernier d'aucun bénéfice de la loi. En fait, il est difficile, à partir d'une interprétation appropriée, de conclure que le système établi en application de la partie XX.1 a un quelconque effet défavorable sur l'accusé non responsable criminellement. Chacun bénéficie du traitement qu'exige son état et voit sa liberté restreinte dans la seule mesure exigée par la protection du public. La partie XX.1 ne favorise pas la croyance selon laquelle les accusés non responsables criminellement ne méritent pas le même respect, la même considération ou la même reconnaissance que les autres. Au contraire, l'objectif et l'effet de la partie XX.1 préconisent plutôt le point de vue opposé.

Je conviens que si l'on interprétait l'art. 672.54 comme établissant une présomption de dangerosité et autorisant les tribunaux et les commissions d'examen à restreindre la liberté des accusés non responsables criminellement sans avoir conclu, à l'issue d'un examen, qu'ils représentent un risque important pour la sécurité du public, ce qui a malheureusement pu se produire quelquefois dans le passé, on pourrait soutenir qu'il défavorise de façon discriminatoire ces accusés. Toutefois, appliqué comme je le préconise dans les présents motifs, l'art. 672.54 fait en sorte que chaque accusé non responsable criminellement bénéficie d'un traitement adapté à sa situation personnelle et qui constitue la mesure la moins sévère et la moins privative de liberté qui puisse être ordonnée. Tout cela favorise le point de vue selon lequel, peu importe ce qui a pu se produire dans le passé, l'art. 672.54 reconnaît que les accusés non responsables criminellement méritent d'être traités par la loi avec le même intérêt, le même respect et la même considération que les autres.

J'arrive à la conclusion que la partie XX.1 du *Code criminel* ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. La personne raisonnable, bien informée des circonstances et des caractéristiques du demandeur, ne trouverait pas ces dispositions discriminatoires. Celles-ci favorisent, au lieu de nier, le droit

be considered as an individual, equally entitled to the concern, respect and consideration of the law. It is therefore unnecessary to consider the justification arguments under s. 1.

## VII. Conclusion

98 I conclude that s. 672.54 does not infringe s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*. It is valid legislation, carefully crafted to protect the liberty of the NCR accused to the maximum extent compatible with the person's current situation and the need to protect public safety. It is not discriminatory, in the sense that that term is understood by our s. 15(1) jurisprudence.

99 Mr. Winko did not appeal the July 29, 1996 decision of the British Columbia Court of Appeal upholding the conditional discharge ordered by the Review Board on May 29, 1995. Before this Court, Mr. Winko based his argument and claim for relief entirely on the alleged unconstitutionality of s. 672.54. It is therefore unnecessary to consider whether the Court of Appeal erred in refusing to overturn the decision of the Review Board. However, I would observe that it appears that the majority of the Review Board on its May 29, 1995 hearing may have proceeded on the basis that if it was not satisfied that the appellant Mr. Winko did not constitute a significant risk to public safety, it was required to continue restrictive conditions. Such an interpretation would not be in accordance with the interpretation of s. 672.54 set out in these reasons.

100 Finally, since the hearing of this appeal, it appears that Mr. Winko may have been granted an absolute discharge by the Board, which would render this decision academic. This Court has discretion to decide such appeals, however (see *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342), and in the circumstances of this case, I would do so.

du demandeur d'être traité par la loi comme une personne qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération que les autres. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les arguments relatifs à la justification au sens de l'article premier.

## VII. Conclusion

Je conclus que l'art. 672.54 ne viole ni l'art. 7, ni le par. 15(1) de la *Charte*. Il s'agit d'une disposition législative valide, soigneusement conçue pour protéger le plus possible la liberté de l'accusé non responsable criminellement compte tenu de son état actuel et de la nécessité d'assurer la sécurité du public. Il n'est pas discriminatoire au sens que notre jurisprudence concernant le par. 15(1) donne à ce terme.

Monsieur Winko n'a pas interjeté appel de la décision rendue le 29 juillet 1996 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui confirme la décision portant libération conditionnelle prononcée par la commission d'examen le 29 mai 1995. Devant notre Cour, il a fondé l'ensemble de son argumentation et de sa demande de redressement sur l'inconstitutionnalité alléguée de l'art. 672.54. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'infirmier la décision de la commission d'examen. J'aimerais souligner cependant que, lors de l'audition du 29 mai 1995, les membres majoritaires de la commission d'examen semblent avoir tenu pour acquis que, s'ils n'étaient pas convaincus que l'appelant M. Winko ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public, ils devaient maintenir les conditions restrictives. Pareille interprétation de l'art. 672.54 ne serait pas conforme à celle exposée dans les présents motifs.

Enfin, depuis l'audition du présent pourvoi, la commission d'examen aurait accordé une libération inconditionnelle à M. Winko, ce qui rendrait la présente décision théorique. Notre Cour a toutefois le pouvoir discrétionnaire de trancher ce genre de pourvois et, dans les circonstances, je suis d'avis de le faire (voir *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

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

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder, including people with a mental disability, who have been found not criminally responsible on account of mental disorder?

No.

2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

3. If so, can these infringements be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answers to the preceding questions make it unnecessary to answer this question.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. —

## I. Introduction

This appeal requires us to consider whether Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringes s. 7 or s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether it can be upheld under s. 1. I have read the reasons of McLachlin J. I adopt her statement of the facts. I fully agree with her description and statement of the purpose of Part XX.1 of the *Criminal Code*. I substantially agree with her analysis as well as with her conclusion that the impugned provisions of the *Criminal Code* violate neither

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux — y compris celles atteintes de déficiences mentales — qui, pour cette cause, font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle?

Non.

2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?

Non.

3. Si oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu les réponses données aux questions précédentes, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER —

## I. Introduction

Dans le cadre du présent pourvoi, nous sommes appelés à déterminer si la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contrevient à l'art. 7 ou à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, si elle peut se justifier au sens de l'article premier. J'ai pris connaissance des motifs du juge McLachlin et j'adopte son exposé des faits. Je suis en parfait accord avec ce qui, selon elle, constitue l'objet de la partie XX.1 du *Code criminel*. Je fais miennes pour l'essentiel son analyse de même que sa con-

s. 7 nor s. 15 of the *Charter*, and consequently, that the appeal should be dismissed.

103 However, I reach that conclusion by adopting a different interpretation of the impugned legislation, an interpretation that both reflects the plain wording of the law and implements the legitimate intent of Parliament. By its very wording, s. 672.54(a) of the *Criminal Code* clearly requires the court or the Review Board to find that the not criminally responsible (“NCR”) accused is “not a significant threat to the safety of the public” (emphasis added) before it directs that he or she be absolutely discharged.

104 In my view, the threshold triggering the preventive jurisdiction of criminal law over the NCR accused is the existence of a threat to the safety of the public. Section 672.54(a) mandates that the court or the Review Board first make a positive finding of dangerousness. If, however, it cannot form the opinion that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public, it may deny the granting of an absolute discharge. Dangerousness is one thing. A significant threat to the safety of the public is another.

105 Consequently, I disagree with McLachlin J.’s conclusion that Part XX.1 requires that NCR accused be granted an absolute discharge unless the court or the Review Board is able to conclude positively that they pose a significant risk to the safety of the public. In my opinion, such an interpretation unduly and needlessly interferes with the intent of Parliament. The negative test set out by s. 672.54 violates neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter*. NCR accused are not deprived of their liberty contrary to the principles of fundamental justice and they are not denied a right to equal treatment under the law. As a result, I would dismiss the appeal.

clusion que les dispositions contestées ne violent ni l’art. 7 ni l’art. 15 de la *Charte* et, par conséquent, que le pourvoi doit être rejeté.

J’arrive toutefois à cette conclusion en recourant à une interprétation différente des dispositions en cause, une interprétation qui, à la fois, tient compte du texte clair de la loi et donne effet à l’intention légitime du législateur. De par son libellé même, l’al. 672.54a) du *Code criminel* exige clairement que le tribunal ou la commission d’examen conclue que l’accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public» (je souligne) avant de pouvoir rendre une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci.

À mon sens, l’élément déterminant qui confère au droit criminel un pouvoir préventif vis-à-vis de l’accusé non responsable criminellement est l’existence d’un risque pour la sécurité du public. Suivant l’al. 672.54a), le tribunal ou la commission d’examen doit tout d’abord conclure positivement à la dangerosité de l’accusé. Cependant, s’il ne peut arriver à la conclusion que l’accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il peut refuser d’ordonner la libération inconditionnelle. La dangerosité est une chose. Le risque important pour la sécurité du public en est une autre.

Je suis donc en désaccord avec la conclusion du juge McLachlin que la partie XX.1 exige que le tribunal ou la commission d’examen rende une décision portant libération inconditionnelle à moins qu’il ne soit en mesure de conclure positivement que l’accusé non responsable criminellement constitue un risque important pour la sécurité du public. À mon avis, une telle interprétation s’écarte indûment et inutilement de l’intention du législateur. Le critère énoncé par la négative à l’art. 672.54 ne viole ni l’art. 7 ni l’art. 15 de la *Charte*. Il ne porte pas atteinte au droit à la liberté des accusés non responsables criminellement d’une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, non plus qu’à leur droit au même bénéfice de la loi. En conséquence, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Analysis

### A. *Description and Purpose of Part XX.1 of the Criminal Code*

It is a principle of fundamental justice that the criminal justice system not convict a person who was not criminally responsible at the time of the offence (*R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 976 and 995). My colleague aptly sets out the history and the purpose of Part XX.1. As she states, at para. 20, Part XX.1 reflects Parliament's intent to adopt a new approach towards mentally ill offenders, an approach "based on a growing appreciation that treating mentally ill offenders like other offenders failed to address properly the interests of either the offenders or the public". In this respect, I agree with the comments of Doherty J.A. in *R. v. LePage* (1997), 119 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.), at pp. 203-4:

The appropriate response to those who engage in criminal activity, while incapable because of mental disorder of conforming to the criminal law, has always posed a conundrum for the criminal law. Any criminal law response must recognize the absence of criminal culpability, but at the same time offer adequate protection for the community from those who engage in criminal activity while mentally incapable of conforming to the criminal law. The present *Criminal Code* attempts to meet those two goals. . . .

Less than 20 years ago, prison sentences, unaccompanied by any particular recommendation for treatment, were common practice: see M. E. Schiffer, *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), at pp. 244 *et seq.* As my colleague rightly states, "Part XX.1 rejects the notion that the only alternatives for mentally ill people charged with an offence are conviction or acquittal; it proposes a third alternative" (para. 21).

The NCR verdict is neither a verdict of guilty nor an acquittal. Nor is an NCR verdict a verdict of dangerousness. On the contrary, Part XX.1

## II. Analyse

### A. *Description et objet de la partie XX.1 du Code criminel*

Il relève d'un des principes de justice fondamentale de notre système de justice pénale que la personne qui n'a pas engagé sa responsabilité criminelle au moment de l'infraction ne doit pas être déclarée coupable (*R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 976 et 995). Ma collègue expose avec justesse l'origine et l'objet de la partie XX.1. Comme elle le dit au par. 20, la partie XX.1 traduit l'intention du législateur d'apporter une solution nouvelle au problème de la criminalité imputable à la maladie mentale «en souscrivant à l'opinion de plus en plus répandue selon laquelle traiter le contrevenant atteint de troubles mentaux comme tout autre contrevenant ne tenait convenablement compte ni de ses droits ni de ceux du public». À cet égard, je suis d'accord avec les observations du juge Doherty dans *R. c. LePage* (1997), 119 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.), aux pp. 203 et 204:

[TRADUCTION] La mesure qui s'impose à l'égard de la personne qui se livre à une activité criminelle parce que des troubles mentaux l'empêchent de respecter la loi a toujours constitué un problème complexe en droit criminel. Il faut tenir compte de l'absence de culpabilité au sens du droit criminel, mais il faut aussi assurer la protection adéquate de la collectivité contre les contrevenants que des troubles mentaux empêchent de respecter la loi. Le *Code criminel* actuel tente d'atteindre ces deux objectifs . . .

Il y a moins de 20 ans, il était courant qu'un tribunal inflige une peine d'emprisonnement sans faire de recommandations particulières quant à l'opportunité d'un traitement: voir M. E. Schiffer, *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), aux pp. 244 et suiv. Comme le précise à juste titre ma collègue, «[l]a partie XX.1 se dissocie de la notion voulant que le malade mental accusé d'une infraction puisse seulement être déclaré coupable ou être acquitté; elle propose une troisième voie» (au par. 21).

Le verdict de non-responsabilité criminelle n'est ni un verdict de culpabilité ni un acquittement. Il ne s'agit pas non plus d'un verdict de dangerosité.

106

107

108

requires the court or the Review Board to assess whether the NCR accused is dangerous.

Au contraire, la partie XX.1 exige de la commission d'examen ou du tribunal qu'il détermine si l'accusé non responsable criminellement est dangereux.

109 There is a community of interests between society and the NCR accused inasmuch as preventing the future commission of dangerous crimes through treatment benefits both society and the NCR accused.

La société et les accusés non responsables criminellement ont des intérêts communs en ce sens qu'empêcher la répétition de crimes dangereux par le recours à un traitement bénéficie aux deux groupes.

110 The goal of the impugned provisions of the *Criminal Code* is to protect the public from dangerous persons who have engaged in conduct proscribed by the *Criminal Code* through the prevention of such acts in the future. Inducement to treatment constitutes the means by which to achieve this end of public protection. As Lamer C.J. noted in *Swain, supra*, at p. 1007, "no one disputes that criminal law sentencing may deal with considerations of rehabilitation. . . . If Parliament chooses to respond to conduct proscribed by the *Criminal Code* in a manner more sensitive to rehabilitation concerns, it does not thereby lose its legislative competence."

L'objectif des dispositions contestées du *Code criminel* est de protéger le public contre les personnes dangereuses qui ont commis des actes criminels et ce, en prévenant la répétition de ces actes. L'incitation au traitement est le moyen d'atteindre cet objectif de la protection du public. Comme le fait remarquer le juge en chef Lamer dans *Swain*, précité, à la p. 1007, «personne ne conteste que la condamnation à une peine peut toucher à la question de la réinsertion. [. . .] Si le Parlement choisit de répondre à une conduite prohibée par le *Code criminel* en se préoccupant davantage de la réinsertion, il ne perd pas de ce fait sa compétence législative.»

111 The goals of rehabilitation and protection of the public are intertwined and, as discussed below, they infuse the selection of the least onerous and restrictive disposition for the NCR accused found to be dangerous. In short, in the words of McEachern C.J.B.C.: "The purpose of the legislation, is to humanely treat those suffering mental disorder, and to limit their liberty only to the extent necessary to ensure public safety" (*Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 31 (B.C.C.A.), at p. 60).

Les objectifs que sont la réinsertion du contrevenant et la protection du public s'entrelacent et, comme je l'indique plus loin, ils sous-tendent le choix de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible à l'égard de l'accusé non responsable criminellement jugé dangereux. En résumé, pour reprendre les mots du juge en chef McEachern: [TRADUCTION] «La loi a pour objet de traiter humainement les personnes qui souffrent de troubles mentaux et de ne restreindre leur liberté que dans la mesure nécessaire pour assurer la sécurité du public» (*Winko c. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 31 (C.A.C.-B.), à la p. 60).

#### B. Interpretation of Section 672.54 of the Criminal Code

#### B. Interprétation de l'art. 672.54 du Code criminel

112 The fundamental issue in this appeal is whether Parliament has struck the right balance between the interests of the NCR accused and the interests of the State in ensuring the safety of the public, as was considered in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R.

La question fondamentale que soulève le présent pourvoi est de savoir si le législateur a établi un juste équilibre entre les intérêts de l'accusé non responsable criminellement et ceux de l'État liés à la sécurité du public. Notre Cour s'est penchée sur

151, at p. 180; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 461 and 471-72. It is well established that the principles of fundamental justice must not be developed from the sole perspective of the claimant: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 589-90. It is reasonable that the liberty interests of the NCR accused be limited by the protection of the safety of the public. This echoes Lamer C.J.'s observation in *Swain, supra*, at p. 1008, that "Parliament surely may balance individual rights against the interests of protecting society and provide for some system of review."

In order to determine whether there is a violation of s. 7 of the *Charter*, the Court must take into account the context, including the nature of the decision which must be made under the impugned provision: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 833, *per* La Forest J., and at p. 848, *per* McLachlin J.; *Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75, at p. 98. It is axiomatic that there is both a public interest in safety and a general sentencing interest in developing the most appropriate penalty for the particular offender. As I noted for the majority in *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at pp. 290-91, "[t]he concern for societal interests is neither new nor is it limited to the dangerous offender proceedings. It has always been present in our general sentencing system. . . . The sentencing stage places a stronger emphasis on societal interests". See also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329; C. C. Ruby, *Sentencing* (4th ed. 1994), at pp. 16-17. There is a confluence of the interest in public safety and the interest of NCR accused to be dealt with by the criminal law system in a way that addresses their particular situation.

Obviously, the instant case is not about traditional sentencing. It rather deals with the appropri-

cette question dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 180; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pp. 151 et 152; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, aux pp. 461, 471 et 472. Il est bien établi que les principes de justice fondamentale ne doivent pas être appliqués en tenant compte uniquement des intérêts de la partie qui les invoque: *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 589 et 590. Il est raisonnable de restreindre la liberté de l'accusé non responsable criminellement au nom de la sécurité du public. Le juge en chef Lamer dit d'ailleurs dans *Swain*, précité, à la p. 1008, qu'«il ne fait pas de doute que le Parlement peut, en soupesant les droits individuels et la nécessité de protéger la société, prévoir une certaine forme d'examen.»

Pour déterminer s'il y a violation de l'art. 7 de la *Charte*, notre Cour doit tenir compte du contexte, y compris la nature de la décision à rendre en application de la disposition contestée: *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la p. 833, le juge La Forest, et à la p. 848, le juge McLachlin; *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75, à la p. 98. Il est évident que le choix de la peine la plus appropriée à l'égard d'un contrevenant en particulier intéresse à la fois la sécurité du public et la détermination de la peine en général. Comme je l'ai dit au nom de la majorité dans *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, aux pp. 290 et 291, «[l]a préoccupation relative aux intérêts de la société n'est ni nouvelle ni limitée aux procédures visant à déterminer si un délinquant est dangereux. Elle a toujours existé dans notre système général de détermination de la peine. [. . .] À l'étape de la détermination de la peine, l'accent est mis davantage sur les intérêts de la société». Voir également *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329; C. C. Ruby, *Sentencing* (4<sup>e</sup> éd. 1994), aux pp. 16 et 17. Le droit du public à la sécurité et le droit de l'accusé non responsable criminellement à un traitement adapté à sa situation particulière dans le cadre du système de justice pénale se rejoignent.

Manifestement, la présente espèce ne porte pas sur la détermination de la peine au sens tradition-

ate disposition or order to be issued with respect to an accused who has been declared not criminally responsible. NCR offenders are sufficiently different that the criminal law must craft, and has crafted, a different regime for them. However, the two processes, be it sentencing or disposition, bear one crucial aspect in common. They both determine when and how the offender will return to the community or more generally be in contact with the public. Therefore, balanced against the interests of NCR accused are societal interests in the safety of the public of strong importance. While in some respects they may seem at odds, they are largely congruent and call for a common resolution.

nel. Il s'agit plutôt de déterminer quelle décision ou ordonnance doit être rendue à l'égard d'un accusé qui a été déclaré non responsable criminellement. Ce type de contrevenant se distingue suffisamment pour que le droit criminel établisse un régime particulier, ce qu'il a fait. Cependant, les deux démarches, que ce soit la détermination de la peine ou le prononcé d'une décision, ont en commun un élément crucial. L'un et l'autre fixent à quel moment et à quelles conditions le contrevenant pourra réintégrer la collectivité ou, de façon plus générale, côtoyer le public. Par conséquent, les intérêts de l'accusé non responsable criminellement sont pondérés par des intérêts sociétaux d'une grande importance, soit ceux liés à la sécurité de la collectivité. Bien que, sous certains rapports, ces intérêts puissent paraître opposés, ils sont en grande partie compatibles et demandent une solution commune.

115 It is in this context that s. 672.54 is to be read. I will reproduce the impugned provision for ease of reference.

**672.54** Where a Court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

- (a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;
- (b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or
- (c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

116 The French version reads:

**672.54** Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins priva-

C'est dans ce contexte que l'art. 672.54 doit être interprété. Voici, pour en faciliter la consultation, le texte de la disposition contestée.

**672.54** Pour l'application du paragraphe 672.45(2) ou de l'article 672.47, le tribunal ou la commission d'examen rend la décision la moins sévère et la moins privative de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale:

- a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;
- b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;
- c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

Le texte anglais est le suivant.

**672.54** Where a Court or Review Board makes a disposition pursuant to subsection 672.45(2) or section 672.47, it shall, taking into consideration the need to

tive de liberté parmi celles qui suivent, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale:

a) lorsqu'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux a été rendu à l'égard de l'accusé, une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci si le tribunal ou la commission est d'avis qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public;

b) une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées;

c) une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités que le tribunal ou la commission juge indiquées.

In my opinion, this provision reflects the proper exercise by Parliament of its criminal law jurisdiction. Parliament is not so constrained by the *Charter* or otherwise that it cannot set up a system whereby the NCR accused is made subject to the least onerous and least restrictive order to him or her unless a court or Review Board is of the opinion that he or she is a not significant threat to the public. I believe that s. 672.54(a) meets the criterion expressed in *Swain, supra*, at p. 1008:

As the individual becomes less of a threat to society, the criminal law progressively loses authority and the coercive aspects of the warrant are loosened until a point is reached at which the individual is free from any supervision provided under the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

Following *Swain*, the threshold triggering the jurisdiction exercised by criminal law over the NCR accused is the existence of a threat that they pose to public safety. As Lamer C.J. noted in *Swain*, at p. 999, "it has long been recognized that there also exists a preventative branch of the criminal law power". See also *Attorney-General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138 (Alta. C.A.); *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at pp. 892-95, *per* Lamer C.J., dissenting in part, at p. 909, *per* La Forest J., and at p. 911, *per* Sopinka J.; P. W. Hogg, *Constitutional Law of*

protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused, make one of the following dispositions that is the least onerous and least restrictive to the accused:

(a) where a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder has been rendered in respect of the accused and, in the opinion of the court or Review Board, the accused is not a significant threat to the safety of the public, by order, direct that the accused be discharged absolutely;

(b) by order, direct that the accused be discharged subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate; or

(c) by order, direct that the accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions as the court or Review Board considers appropriate.

J'estime que cet article relève de l'exercice légitime de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Le Parlement n'est pas entravé par la *Charte* ou autrement au point de ne pouvoir établir un régime dans le cadre duquel la décision la moins sévère et la moins privative de liberté puisse être rendue à l'égard de l'accusé non responsable criminellement à moins que le tribunal ou la commission d'examen ne soit d'avis que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. Je crois que l'al. 672.54a) respecte le critère énoncé dans *Swain*, précité, à la p. 1008:

À mesure que s'amenuise le danger que présentait l'individu pour la société, le droit criminel perd progressivement son emprise et les aspects coercitifs du mandat sont assouplis jusqu'au jour où l'individu est libéré de toute surveillance sous l'empire du *Code criminel*. [Je souligne.]

Suivant l'arrêt *Swain*, l'élément déterminant de l'application du droit criminel à l'accusé non responsable criminellement est le risque auquel il expose la société. Comme le signale le juge en chef Lamer dans *Swain*, à la p. 999, «il est [...] reconnu depuis longtemps que le pouvoir en matière de droit criminel comporte aussi un aspect préventif». Voir également *Attorney-General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138 (C.A. Alb.); *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, aux pp. 892 à 895, le juge en chef Lamer, dissident en partie, à la p. 909, le juge La Forest, et à la p. 911,

117

118

*Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 18-19 and 18-20.

le juge Sopinka; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (feuillet mobiles), vol. 1, aux pp. 18-19 et 18-20.

119 The threshold is not the existence of a “significant” threat to public safety. I therefore disagree with McLachlin J.’s reading of *Swain, supra*, and her statement, at para. 47, that “the only constitutional basis for the criminal law restricting liberty of an NCR accused is the protection of the public from significant threats to its safety” (emphasis added).

L’élément déterminant n’est pas l’existence d’un risque «important» pour la sécurité du public. Je suis donc en désaccord avec l’interprétation de l’arrêt *Swain*, précité, par le juge McLachlin et avec son affirmation au par. 47, selon laquelle, «sur le plan constitutionnel, le droit criminel ne peut restreindre la liberté de l’accusé non responsable criminellement que pour protéger le public contre des risques importants en ce qui concerne sa sécurité» (je souligne).

120 In order for the safety of the public to be maintained, the preventive jurisdiction of criminal law over the NCR accused must extend to those who present a threat to public safety and not only a significant threat to public safety. The difference between my interpretation of s. 672.54 and that of McLachlin J. therefore relates to the threshold triggering the jurisdiction under criminal law over NCR accused.

Pour préserver la sécurité du public, la compétence en matière de droit criminel à laquelle est assujéti l’accusé non responsable criminellement doit être exercée, quant à son aspect préventif, à l’égard des personnes qui représentent un risque, et non seulement un risque important, pour la sécurité du public. La différence entre mon interprétation de l’art. 672.54 et celle proposée par le juge McLachlin réside donc dans l’élément déterminant de l’application du droit criminel à l’accusé non responsable criminellement.

121 The opening paragraph of s. 672.54 sets out the rule governing the disposition to be made. First, the court or the Review Board must take into consideration the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused and the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. Second, the disposition is to be the least onerous and least restrictive possible to the accused.

Le paragraphe introductif de l’art. 672.54 énonce la règle applicable à la décision qui doit être rendue. Premièrement, le tribunal ou la commission d’examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Deuxièmement, il lui incombe de rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible.

122 If the opening paragraph stood alone, I do not see that it could be faulted for infringing s. 7 of the *Charter*. Paragraph (a) provides additional protection to the accused by mandating absolute discharge if it is found that the NCR accused is “not a significant threat to the safety of the public” even though he or she is dangerous.

Si la disposition contestée était constituée du seul paragraphe introductif, je ne vois pas comment on pourrait conclure qu’elle viole l’art. 7 de la *Charte*. L’alinéa a) ajoute à la protection de l’accusé en prévoyant sa libération inconditionnelle lorsque le tribunal ou la commission d’examen est d’avis qu’il «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public», même s’il est dangereux.

A cardinal principle of statutory interpretation is that words ought to be given their ordinary meaning in harmony with the goal of the legislation. Cory and Iacobucci JJ. stated recently for this Court in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 25: “the proper construction of a statutory provision flows from reading the words of the provision in their grammatical and ordinary sense and in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute as a whole, the purpose of the statute, and the intention of Parliament”. See also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at pp. 40-41; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 219; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131.

The interpretation of an impugned provision must begin by reading its words. The wording of the introductory paragraph and of s. 672.54(a) on its face leads one clearly to the conclusion that the test set out is a negative one. There is nothing in either the section or the rest of Part XX.1 which indicates that the negative wording strays from the meaning it bears in common parlance, i.e., that it is meant to require an affirmative opinion of a negative, namely, an opinion that the accused is not a significant threat: *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 400. This interpretation is consistent with the decisions of the courts below in the present appeal as well as in the companion appeals, and with the case law in general. See, e.g., *L’Hirondelle v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1998), 106 B.C.A.C. 9; *R. v. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766 (Ont. C.A.), leave to appeal denied, [1995] 1 S.C.R. ix.

Of course, the *Criminal Code*, like all legislation, ought to be interpreted in light of the *Charter* and the values it enshrines. However, courts ought not to depart from the “plain meaning” of the text in the absence of ambiguity. This is not a case where the legislation is open to two different interpretations. There is no ambiguity. The Court is therefore not called upon to choose one interpreta-

Suivant un principe capital d’interprétation des lois, il faut donner aux termes employés leur sens ordinaire en harmonie avec l’objet de la loi. Récemment, les juges Cory et Iacobucci ont écrit au nom de la Cour dans l’arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 25: «il faut, pour interpréter correctement une disposition de la loi, lire les termes de la disposition en suivant leur sens grammatical et ordinaire et dans leur contexte global, en harmonie avec l’économie générale de la loi, son objet ainsi que l’intention du législateur». Voir également *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux pp. 40 et 41; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 243; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 87; R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 131.

L’interprétation d’une disposition contestée doit débiter par la lecture des termes employés. À sa face même, le libellé du paragraphe introductif et de l’al. 672.54a) établit clairement que le critère est énoncé dans la négative. Aucun élément dans cet article ou ailleurs à la partie XX.1 n’indique que le libellé négatif a un autre sens que celui qui découle du sens courant des termes employés, c.-à-d. exiger la confirmation d’une proposition négative, savoir que l’accusé ne représente pas un risque important: *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l’Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la p. 400. Cette interprétation est compatible avec la décision des instances inférieures dans la présente affaire et dans les pourvois connexes, ainsi qu’avec la jurisprudence en général. Voir, par exemple, *L’Hirondelle c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1998), 106 B.C.A.C. 9; *R. c. Peckham* (1994), 19 O.R. (3d) 766 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1995] 1 R.C.S. ix.

Comme tout autre texte de loi, le *Code criminel* doit évidemment être interprété en fonction de la *Charte* et des valeurs qu’elle consacre. Cependant, les tribunaux ne doivent pas s’écarter du «sens ordinaire» des mots, sauf ambiguïté. En l’espèce, la loi ne se prête pas à plus d’une interprétation. Il n’y a aucune ambiguïté. Notre Cour n’est donc pas appelée à choisir, parmi plusieurs interprétations

123

124

125

tion over another that would render the legislation invalid, following the principle that courts prefer an interpretation of legislation that respects constitutional norms (Sullivan, *supra*, at p. 322). Lamer J., as he then was, made it clear in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. In the absence of ambiguity, there is no leeway to alter or recast the meaning of the words: “[T]his Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*” (emphasis added). In the case at bar, not only has Parliament spoken, it has spoken clearly.

126 Nor is this case one where the Court needs to read the impugned provision down to exclude applications that are grammatically possible but constitutionally impermissible: Sullivan, *supra*, at p. 327. The negative test set out by s. 672.54(a) is limited to the existence of a significant threat to public safety and is legitimate for the reasons detailed below. Therefore, the impugned provisions can be given their plain meaning, a meaning that is constitutionally valid.

127 Clearly, the need to protect the public from danger is an essential condition for imposing any restriction on the liberty interests of NCR accused and it must be established. However, Parliament does not require a positive finding that the NCR accused is a significant threat to public safety to maintain some protective measures and justify a disposition that is the least onerous and restrictive to the accused other than absolute discharge. In the words of McEachern C.J.B.C., in *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 (B.C.C.A.), at p. 146:

The question of “significant threat”, however, is a most important question because Parliament has left the board with no alternative other than absolute discharge, if it has the opinion that the accused is not a significant threat.

possibles, celle qui rendrait la loi valide, suivant le principe selon lequel les tribunaux privilégient l’interprétation qui satisfait aux exigences constitutionnelles (Sullivan, *op. cit.*, à la p. 322). Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l’a affirmé clairement dans l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. En l’absence de toute ambiguïté, il n’y a pas lieu de modifier le sens des mots ni de reformuler la disposition: «[C]ette Cour ne doi[t] pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*» (je souligne). En l’espèce, non seulement le législateur s’est exprimé, mais il l’a fait clairement.

Il ne s’agit pas non plus, en l’occurrence, d’une affaire où notre Cour doit recourir à l’interprétation atténuée pour écarter les applications qui sont possibles sur le plan grammatical, mais qui sont contraires à la Constitution: Sullivan, *op. cit.*, à la p. 327. Le critère énoncé par la négative à l’al. 672.54a) ne vise que l’existence d’un risque important pour la sécurité du public et il est légitime pour les motifs énumérés ci-après. Les dispositions contestées peuvent donc être interprétées suivant leur sens ordinaire, un sens qui est constitutionnel.

Manifestement, la nécessité de protéger le public contre un danger est une condition essentielle à la limitation de la liberté de l’accusé non responsable criminellement, et elle doit être établie. Toutefois, le législateur n’exige pas une conclusion positive que l’accusé représente un risque important pour la sécurité du public aux fins de la prise de mesures de protection et du prononcé de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté à l’exclusion de la décision portant libération inconditionnelle. Comme le dit le juge en chef McEachern dans l’affaire *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 (C.A.C.-B.), à la p. 146:

[TRADUCTION] La question du «risque important» est cependant des plus importantes, car le législateur n’a laissé à la commission aucun autre choix que celui de la libération inconditionnelle si elle est d’avis que l’accusé ne représente pas un risque important.

... [Section] 672.54(a) is phrased in such a way that the requirement for an absolute discharge only arises when the board does have the opinion that the accused is *not* a significant threat. If the board does not have that opinion then it need not order an absolute discharge.

... The board must affirmatively have an opinion that the accused is not a significant threat before s. 672.54(a) applies. [Italics in original; underlining added.]

See also *Peckham, supra*.

It is well recognized that determinations of dangerousness are difficult. See para. 57 of the reasons of McLachlin J.; Schiffer, *supra*, at pp. 229-35 and 255; M. Roth, "Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility" in S. J. Hucker, C. D. Webster and M. H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), at pp. 104-9.

Parliament has addressed the difficulty of predicting dangerousness. As McLachlin J. writes: "it is unrealistic to expect absolute certainty from a regime charged with evaluating the impact of individual, human factors on future events" (para. 59). Lamer C.J.'s comments on the bail system, in *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at pp. 738-39, are equally apposite:

While it is undoubtedly the case that it is impossible to make exact predictions about recidivism and future dangerousness, exact predictability of future dangerousness is not constitutionally mandated. . . .

The bail system has always made an effort to assess the likelihood of future dangerousness while recognizing that exact predictions of future dangerousness are impossible. [Emphasis added.]

Section 7 of the *Charter* simply cannot provide NCR accused with a constitutional entitlement to something medical science does not offer. The role of Parliament is to balance carefully the interests of NCR accused, in light of the current achieve-

... l'al. 672.54a) est libellé de telle manière que la commission n'est tenue d'accorder la libération inconditionnelle que si elle est d'avis que l'accusé *ne* représente pas un risque important. Si la commission n'est pas de cet avis, elle n'est pas tenue d'ordonner la libération inconditionnelle.

... La commission doit conclure de façon affirmative que l'accusé ne représente pas un risque important pour que l'al. 672.54a) s'applique. [Italiques dans l'original; je souligne.]

Voir également *Peckham*, précité.

On reconnaît généralement qu'il est difficile de se prononcer sur la dangerosité d'une personne. Voir le par. 57 des motifs du juge McLachlin; Schiffer, *op. cit.*, aux pp. 229 à 235 et 255; M. Roth, «Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility» dans S. J. Hucker, C. D. Webster et M. H. Ben-Aron, dir., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), aux pp. 104 à 109.

Le législateur a voulu remédier à la difficulté de prédire la dangerosité. Comme l'écrit le juge McLachlin: «il n'est pas réaliste de s'attendre à ce qu'un régime chargé d'évaluer l'incidence de facteurs individuels et humains sur des événements à venir engendre des certitudes absolues» (au par. 59). Les observations du juge en chef Lamer relatives au système de mise en liberté sous caution, dans l'arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, aux pp. 738 et 739, sont également pertinentes:

Certes, il est sans aucun doute vrai qu'il est impossible de faire des prédictions exactes au sujet de la récidive et de la dangerosité future, mais la prévisibilité exacte de la dangerosité future n'est pas une exigence constitutionnelle . . .

Le système de mise en liberté sous caution a toujours tenté d'évaluer la probabilité de la dangerosité future tout en reconnaissant que les prédictions exactes à cet égard sont impossibles. [Je souligne.]

L'article 7 de la *Charte* ne peut tout simplement pas reconnaître à l'accusé non responsable criminellement un droit constitutionnel à quelque chose d'impossible sur le plan médical. Il incombe au législateur de pondérer avec soin l'intérêt de

128

129

130

ments of medical science, with the societal interest in the protection of public safety.

l'accusé, compte tenu des progrès réalisés à ce jour par la médecine, et l'intérêt sociétal que constitue la protection de la sécurité du public.

131

The centrality of the notion of dangerousness calls for a closer analysis of that concept. What does the expression "significant threat to the safety of the public" mean? The *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995), defines "threat" as a "declaration of an intention to punish or hurt" or "an indication of something undesirable coming". The word "safety" is defined as "being safe; freedom from danger or risks". The word "danger" is defined as "liability or exposure to harm". The word "dangerous" is defined as "involving or causing danger". *Webster's Third New International Dictionary* (1986) defines "threat" as "an indication of something impending and usu. undesirable or unpleasant" or "an expression of an intention to inflict evil, injury, or damage on another" or "something that by its very nature or relation to another threatens the welfare of the latter". "Safety" is described as "the condition of being safe; freedom from exposure to danger; exemption from hurt, injury or loss. . .; the quality or state of not presenting risks". The word "danger" is given the following definition: "the state of being exposed to harm; liability to injury, pain, or loss; peril, risk" with the additional comment: "Danger, the general term, implies the contingent evil". In the *Random House Dictionary of the English Language* (2nd ed. 1987), under the word "danger", it is stated that "danger, hazard, peril, jeopardy imply harm that one may encounter. Danger is the general word for liability to all kinds of injury or evil consequences, either near at hand and certain, or remote and doubtful" (emphasis added). "Dangerous" is defined as "able or likely to cause physical injury".

En raison de son caractère central, la notion de dangerosité nécessite un examen plus approfondi. Qu'entend-on par l'expression «risque important pour la sécurité du public»? Le *Concise Oxford Dictionary of Current English* (9<sup>e</sup> éd. 1995), définit le mot «threat» comme une «declaration of an intention to punish or hurt» ou «an indication of something undesirable coming». Le mot «safety» est défini comme suit: «being safe; freedom from danger or risks». Le mot «danger» s'entend de «liability or exposure to harm». L'adjectif «dangerous» signifie «involving or causing danger». Le *Webster's Third New International Dictionary* (1986), définit «threat» comme «an indication of something impending and usu. undesirable or unpleasant» ou «an expression of an intention to inflict evil, injury, or damage on another» ou «something that by its very nature or relation to another threatens the welfare of the latter». Le mot «safety» signifie «the condition of being safe; freedom from exposure to danger; exemption from hurt, injury or loss[. . .]; the quality or state of not presenting risks». Le mot «danger» est défini comme suit: «the state of being exposed to harm; liability to injury, pain, or loss; peril, risk»; sa définition s'accompagne d'une observation supplémentaire: «Danger, the general term, implies the contingent evil». Voici ce qui figure dans le *Random House Dictionary of the English Language* (2<sup>e</sup> éd. 1987), en regard du mot «danger»: «danger, hazard, peril, jeopardy imply harm that one may encounter. Danger is the general word for liability to all kinds of injury or evil consequences, either near at hand and certain, or remote and doubtful» (je souligne). L'adjectif «dangerous» est défini comme suit: «able or likely to cause physical injury».

132

In *Le Nouveau Petit Robert* (1996), "dangereux" is defined as "[q]ui constitue un danger, présente du danger, expose à un danger" and "danger" is defined as "[c]e qui menace ou compromet la sûreté, l'existence de qqn ou de qqch; situation qui en résulte". The word "risque" is defined as

Dans *Le Nouveau Petit Robert* (1996), «dangereux» s'entend de ce «[q]ui constitue un danger, présente du danger, expose à un danger» et «danger» de «[c]e qui menace ou compromet la sûreté, l'existence de qqn ou de qqch; situation qui en résulte». Le terme «risque» est défini ainsi:

“[d]anger éventuel plus ou moins prévisible”. Finally, the definition of “sécurité” is “[é]tat d’esprit confiant et tranquille d’une personne qui se croit à l’abri du danger” or “[s]ituation, état tranquille qui résulte de l’absence réelle de danger (d’ordre matériel ou moral)”. In Larousse’s *Dictionnaire de la langue française — Lexis* (1992), “dangereux” is described as “[s]e dit de choses ou d’êtres animés qui constituent un danger”, “danger” being “[c]irconstances où l’on est exposé à un mal, à un inconvénient; ce qui légitime une inquiétude”. The word “risque” is defined as “[d]anger, inconvénient plus ou moins prévisible”. The expression “sécurité” refers to a “[s]ituation où l’on n’a aucun danger à craindre”.

It follows from the review of the above definitions that insofar as the protection of the public is concerned, which is the purpose of s. 672.54, “dangerous” and “threat to the safety of the public” are synonyms. A dangerous NCR accused is a threat to public safety. However, an NCR accused who is dangerous may not constitute a “significant” threat to the safety of the public.

Parliament uses both expressions in s. 672.54. It follows logically that they are not interchangeable pursuant to yet another basic rule of interpretation whereby it is presumed that Parliament uses language carefully and consistently. Hence, within a statute, the same words are taken to have the same meaning and different words have different meanings: *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387; *R. v. Barnier*, [1980] 1 S.C.R. 1124, at pp. 1135-36; Côté, *supra*, at p. 279; Sullivan, *supra*, at pp. 163-65.

Reading the words of s. 672.54, one readily finds that Parliament has envisaged two levels of dangerousness: dangerousness and significant threat to public safety. In choosing the appropriate disposition, the court or the Review Board must take into consideration the “need to protect the public from dangerous persons”. However, courts and Review Boards are only entitled to grant an

«Danger éventuel plus ou moins prévisible». Enfin, la définition de «sécurité» est la suivante: «État d’esprit confiant et tranquille d’une personne qui se croit à l’abri du danger» ou «Situation, état tranquille qui résulte de l’absence réelle de danger (d’ordre matériel ou moral)». Dans le *Dictionnaire de la langue française — Lexis* de Larousse (1992), le mot «dangereux» est défini comme suit: «Se dit de choses ou d’êtres animés qui constituent un danger», le mot «danger» s’entendant des «[c]irconstances où l’on est exposé à un mal, à un inconvénient; ce qui légitime une inquiétude». Le terme «risque» est défini ainsi: «Danger, inconvénient plus ou moins prévisible». Le mot «sécurité» renvoie à une «[s]ituation où l’on n’a aucun danger à craindre».

En ce qui concerne la protection du public, soit l’objet de l’art. 672.54, l’examen des définitions données ci-dessus permet de conclure que «dangereux» et «qui représente un risque pour la sécurité du public» sont synonymes. L’accusé non responsable criminellement et qui est dangereux représente un risque pour la sécurité du public. Toutefois, cet accusé dangereux peut ne pas constituer un risque «important» pour la sécurité du public.

Le législateur utilise les deux expressions à l’art. 672.54. Il s’ensuit logiquement qu’elles ne sont pas interchangeables dans la mesure où, selon une autre règle de base en matière d’interprétation, il est présumé que le législateur s’exprime avec soin et uniformité d’expression. Par conséquent, dans une loi, on présume que les mots identiques ont un sens identique et que les mots différents ont des sens différents: *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, à la p. 1387; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, aux pp. 1135 et 1136; Côté, *op. cit.*, à la p. 313; Sullivan, *op. cit.*, aux pp. 163 à 165.

On conclut aisément à la lecture de l’art. 672.54 que le législateur a envisagé deux niveaux de dangerosité, celui où l’accusé est dangereux et celui où il représente un risque important pour la sécurité du public. Pour rendre la décision qui s’impose, le tribunal ou la commission d’examen doit tenir compte de la «nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses». Cependant, il ne

133

134

135

absolute discharge to NCR accused who do not constitute a significant threat to the public.

peut rendre une décision portant libération inconditionnelle qu'à l'égard de l'accusé non responsable criminellement qui ne constitue pas un risque important pour la sécurité du public.

136 The negative wording of s. 672.54(a) cannot be ignored, nor can the fact that Parliament uses different expressions corresponding to different levels of dangerousness for different purposes be overlooked. I respectfully disagree with McLachlin J. when she states that "Parliament in Part XX.1 has given 'dangerousness' a specific, restricted meaning" (para. 57).

On ne peut faire fi de la formulation négative de l'al. 672.54a) ni faire abstraction de l'utilisation, par le législateur, d'expressions différentes correspondant à des niveaux de dangerosité différents et ce, à des fins différentes. Avec égards, je suis en désaccord avec le juge McLachlin lorsqu'elle affirme que «le législateur, à la partie XX.1, a attribué à la notion de «dangerosité» un sens plus précis et plus restreint» (par. 57).

137 There is an important distinction to be made between a threat to public safety and a significant threat to public safety. As McEachern C.J.B.C. ruled in *Orlowski, supra*, at p. 147:

Il existe une différence importante entre le risque pour la sécurité du public et le risque important pour la sécurité du public. Voici ce qu'a conclu le juge en chef McEachern dans l'affaire *Orlowski*, précité, à la p. 147:

[T]here is a distinction between a threat to public safety and a "significant" threat under s. 672.54(a), and the right of an accused to an absolute discharge cannot be foreclosed just because he may be a threat to public safety. Instead, the section grants this entitlement even if the board has the opinion that he is a threat to public safety but is not a significant threat. This distinction is a most important one to accused and may arise for consideration in many cases.

[TRADUCTION] [I]l y a une distinction entre un risque pour la sécurité du public et le risque «important» visé à l'al. 672.54a), et l'accusé ne peut se voir refuser la libération inconditionnelle simplement parce qu'il peut représenter un risque pour la sécurité du public. En fait, la disposition permet cette mesure même lorsque la commission est d'avis que l'accusé représente un risque pour la sécurité du public, mais que ce risque n'est pas important. La distinction est des plus importantes pour l'accusé et elle peut être déterminante dans de nombreuses affaires.

138 Even if the court or the Review Board comes to the conclusion that the NCR accused is a dangerous person, it is possible that it may need an opportunity to investigate further, i.e., more time to make a more complete assessment of the condition of the NCR accused, before it can form the opinion that the NCR accused does not pose a significant threat to public safety: *Winko, supra, per* McEachern C.J.B.C., at p. 54.

Même si le tribunal ou la commission d'examen arrive à la conclusion que l'accusé non responsable criminellement est une personne dangereuse, il est possible qu'il ait besoin d'un complément d'enquête, c.-à-d. d'un délai supplémentaire pour évaluer plus à fond l'état de l'accusé, avant de pouvoir conclure qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public: *Winko*, précité, le juge en chef McEachern, à la p. 54.

139 Part XX.1 mandates the absolute discharge of an NCR accused if he or she is found not to constitute a significant threat to the safety of the public, even if he or she is dangerous and constitutes a threat to public safety. However, as the denial of an absolute discharge must be the least restrictive and least onerous disposition in the circumstances, in order

La partie XX.1 exige la libération inconditionnelle de l'accusé non responsable criminellement si, selon le tribunal ou la commission d'examen, il ne constitue pas un risque important pour la sécurité du public, même s'il est dangereux et constitue un risque pour la sécurité du public. Cependant, comme le refus de la libération inconditionnelle

for the court or the Review Board to refuse an absolute discharge, not only must it find dangerousness, but there also must be a reason for it being unable to reach an opinion that the accused is not a significant threat. In other words, the dangerousness of the accused must be of such a nature as to raise the question whether the accused is a significant threat to public safety and, in addition, render the court or Review Board unable to reach the opinion that the accused is not a significant threat to the safety of the public.

I agree with McLachlin J.'s comments on the definition of a "significant" threat (para. 57). In short, there must be a real risk of serious physical or psychological harm to individuals in the community.

I agree with McLachlin J.'s comments, at paras. 60-61, on the relevant considerations for the court or the Review Board in its assessment of whether the NCR accused is a significant threat to the safety of the public. These include: the nature of the harm that may be expected; the degree of risk that the particular behaviour will occur; the period of time over which the behaviour may be expected to manifest itself and the number of people who may be at risk. On the whole, the threat to public safety must be significant.

Often the critical question is whether or not the NCR accused should remain subject to the authority of the Board and be provided with treatment for his or her mental illness.

Some NCR accused respond well to medication. It may be that an NCR accused's symptoms can be controlled and stabilized by the administration of medication and that he or she needs to continue taking that medication in order to prevent a deterioration in mental condition. The Review Board must assess the risk of failure to take medication and determine whether a psychiatric relapse would

doit correspondre à la décision la moins sévère et la moins privative de liberté dans les circonstances, pour opposer ce refus, le tribunal ou la commission d'examen doit non seulement conclure à la dangerosité, mais il doit aussi avoir un motif de ne pouvoir arriver à la conclusion que l'accusé ne représente pas un risque important. En d'autres termes, la dangerosité de l'accusé doit être telle qu'elle soulève la question de savoir s'il représente un risque important pour la sécurité du public et, en outre, que le tribunal ou la commission d'examen ne puisse arriver à la conclusion qu'il ne constitue pas un tel risque.

Je suis d'accord avec les observations du juge McLachlin concernant la définition d'un risque «important» (par. 57). En résumé, il doit s'agir d'un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique soit infligé aux membres de la collectivité.

Le partage également son avis au sujet des facteurs pertinents dont le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte pour déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public (aux par. 60 et 61). Ces facteurs englobent la nature du préjudice susceptible d'être infligé, la probabilité que le comportement en question se manifeste, la période pendant laquelle le comportement est susceptible de se manifester et le nombre de personnes exposées au risque. Dans l'ensemble, le risque pour la sécurité du public doit être important.

La question cruciale qui se pose souvent est de savoir si l'accusé devrait ou non demeurer soumis au pouvoir de la commission d'examen et être traité pour sa maladie mentale.

Certains accusés non responsables criminellement réagissent bien à la médication. Il arrive que les symptômes de la maladie puissent être maîtrisés et stabilisés par l'administration de médicaments et que l'accusé doive continuer de les prendre pour éviter la détérioration de son état mental. La commission d'examen doit évaluer le risque d'interruption de la médication et déterminer si

140

141

142

143

mean that the appellant could become a threat to public safety.

144 In the case at bar, for instance, the Review Board and the Court of Appeal found that Mr. Winko is relatively stable when he takes his medication. However, he was found not to be able to recognize his need for medication, and when he was without medication he heard voices again. When Mr. Winko committed aggravated assault with a weapon on two pedestrians, he had been hearing voices which he thought were coming from the pedestrians saying, “why don’t you go and grab a woman and do her some harm?”, “you are going to the West End to kill someone”, “you know you can’t kill a woman”, and “you are a coward”. *Winko v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1996), 79 B.C.A.C. 1, at p. 4.

145 In short, the proper understanding of s. 672.54(a) is that the court or the Review Board must first make a positive finding of dangerousness, i.e., that the NCR accused is indeed a threat to public safety. There is no presumption of dangerousness.

146 If the court or the Review Board finds that the accused is not a threat to public safety, the inquiry ends there and the NCR accused will be absolutely discharged.

147 If it finds that the accused is dangerous, it will then have to determine whether the accused is or is not a significant threat to public safety. A positive finding of such significant dangerousness need not be made as a condition precedent to ordering some measures of protection. Parliament has expressed, through the negative wording of s. 672.54(a), that if the court or the Review Board is unable, after having found that the NCR accused is indeed a threat to public safety, to reach an opinion as to whether or not the threat posed by the accused is a significant one, it may maintain some protective measures awaiting further review of the case, by issuing the order that is the least onerous and least restrictive to the accused consistent with the evidence.

une rechute psychiatrique exposerait le public à un risque.

Dans la présente affaire, par exemple, la commission d’examen et la Cour d’appel ont conclu que l’état de M. Winko est relativement stable lorsqu’il prend ses médicaments. Toutefois, il a été jugé incapable de reconnaître son besoin de médicaments, et, lorsqu’il a interrompu la médication, il a à nouveau entendu des voix. Monsieur Winko a commis des voies de fait graves avec une arme contre deux piétons après avoir cru entendre les victimes lui dire [TRADUCTION] «pourquoi ne te jettes-tu pas sur une femme pour lui faire du mal?», «tu te rends au West End pour tuer quelqu’un», «tu sais que tu ne peux pas tuer une femme» et «tu es un lâche». *Winko c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)* (1996), 79 B.C.A.C. 1, à la p. 4.

En résumé, interprété correctement, l’al. 672.54(a) exige du tribunal ou de la commission d’examen qu’il tire tout d’abord une conclusion positive de dangerosité, c.-à-d. que l’accusé non responsable criminellement représente effectivement un risque pour la sécurité du public. La dangerosité n’est pas présumée.

Si le tribunal ou la commission d’examen conclut que l’accusé ne représente pas un risque pour la sécurité du public, l’examen prend fin et l’accusé bénéficie d’une libération inconditionnelle.

S’il conclut que l’accusé est dangereux, il lui faut ensuite déterminer s’il représente ou non un risque important pour la sécurité du public. Il n’est pas nécessaire de conclure que l’accusé représente un tel risque pour ordonner la prise de mesures de protection. Il appert de la formulation négative de l’al. 672.54(a) que le législateur a voulu, lorsque le tribunal ou la commission d’examen n’est pas en mesure, après avoir déterminé que l’accusé représente un risque pour la sécurité du public, de se faire une opinion quant à l’importance du risque, qu’il puisse maintenir certaines mesures de protection jusqu’à la révision du dossier en rendant la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la preuve.

In conclusion, with respect to the interpretation of the legislation, I substantially agree with McLachlin J.'s summary, found at para. 62 of her reasons, on the description of the duties of a court or a Review Board that is charged with applying s. 672.54 (subparas. 1, 4, 5, 6, 7, 9 of para. 62). However, consistent with my reading of s. 672.54, I disagree with the statements she makes at subparas. 3 and 8. I would also rephrase subpara. 2, which does not appear to reflect accurately my colleague's own position, as developed in her analysis at para. 57. I would replace subparas. 2, 3 and 8 and slightly amend subpara. 9 so that the summary would read:

1. The court or Review Board must consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused. The court or Review Board is required in each case to answer the question: does the evidence disclose that the NCR accused is a "significant threat to the safety of the public"?
2. A "significant threat to the safety of the public" means a real risk of serious physical or psychological harm to members of the public. Relevant factors include the nature of the harm that may be expected; the degree of risk that the particular behaviour will occur; the period of time over which the behaviour may be expected to manifest itself and the number of people who may be at risk.
3. There is no presumption that the NCR accused is a dangerous person. No restriction whatsoever on his or her liberty interests can be ordered without a positive finding that the NCR accused is indeed, a dangerous person. Furthermore, the court or the Review Board must direct an absolute discharge if it can form the opinion that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public.

En conclusion, pour ce qui est de l'interprétation de la loi, je suis d'accord avec l'essentiel du résumé du juge McLachlin qui figure au par. 62 de ses motifs et qui fait état des obligations du tribunal ou de la commission d'examen chargé de l'application de l'art. 672.54 (les points 1, 4, 5, 6, 7 et 9 du par. 62). Toutefois, vu l'interprétation que je fais de cette disposition, je suis en désaccord avec ses affirmations aux points 3 et 8. En outre, je reformulerais le point 2, qui ne me paraît pas traduire fidèlement la position de ma collègue telle qu'elle ressort de son analyse au par. 57. Je remplacerais les points 2, 3 et 8 et je modifierais légèrement le point 9. Le résumé deviendrait donc le suivant.

1. Le tribunal ou la commission d'examen doit tenir compte de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé non responsable criminellement et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale. Le tribunal ou la commission d'examen doit, dans chaque cas, répondre à la question suivante: la preuve établit-elle que l'accusé non responsable criminellement représente «un risque important pour la sécurité du public»?
2. Un «risque important pour la sécurité du public» signifie un risque véritable qu'un préjudice physique ou psychologique grave soit infligé aux membres de la collectivité. Les facteurs pertinents englobent la nature du préjudice susceptible d'être infligé, la probabilité que le comportement en question se manifeste, la période pendant laquelle le comportement est susceptible de se manifester et le nombre de personnes exposées au risque.
3. Il n'y a pas de présomption que l'accusé non responsable criminellement est une personne dangereuse. Il ne peut être privé de sa liberté de quelque manière sans que l'on ne conclue positivement qu'il constitue effectivement une personne dangereuse. En outre, le tribunal ou la commission d'examen doit rendre une décision portant libération inconditionnelle s'il peut arriver à la conclusion que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

4. The proceeding before the court or Review Board is not adversarial. If the parties do not present sufficient information, it is up to the court or Review Board to seek out the evidence it requires to make its decision. Where the court is considering the matter, it may find in such circumstances that it cannot readily make a disposition without delay and that it should be considered by the Review Board. Regardless of which body considers the issue, there is never any legal burden on the NCR accused to show that he or she does not pose a significant threat to the safety of the public.
  5. The court or the Review Board may have recourse to a broad range of evidence as it seeks to determine whether the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. Such evidence may include the past and expected course of the NCR accused's treatment, if any, the present state of the NCR accused's medical condition, the NCR accused's own plans for the future, the support services existing for the NCR accused in the community, and the assessments provided by experts who have examined the NCR accused. This list is not exhaustive.
  6. A past offence committed while the NCR accused suffered from a mental illness is not, by itself, evidence that the NCR accused continues to pose a significant threat to the safety of the public. However, the fact that the NCR accused committed a criminal act in the past may be considered together with other circumstances where it is relevant to identifying a pattern of behaviour, and hence to the issue of whether the NCR accused presents a significant threat to public safety. The court or Review Board must at all times consider the circumstances of the individual NCR accused before it.
  7. If the court or Review Board concludes that the NCR accused is not a significant threat to the
4. La procédure devant le tribunal ou la commission d'examen n'est pas contradictoire. Lorsque les parties ne fournissent pas suffisamment de renseignements, il incombe au tribunal ou à la commission d'examen de chercher à obtenir les éléments de preuve dont il a besoin pour rendre sa décision. Dans le cas où c'est le tribunal qui examine l'affaire, celui-ci peut, dans les circonstances, conclure qu'il ne peut facilement rendre une décision sans délai et que l'affaire doit être examinée par la commission d'examen. Peu importe l'organisme qui examine l'affaire, l'accusé non responsable criminellement n'a jamais ultimement le fardeau d'établir qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.
  5. Le tribunal ou la commission d'examen dispose de tout un éventail d'éléments de preuve pour déterminer si l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public. Ces éléments peuvent comprendre la façon dont se sont déroulés, le cas échéant, le traitement de l'accusé et les résultats anticipés, l'état de santé actuel de celui-ci, ses projets pour l'avenir, les services de soutien dont il peut se prévaloir au sein de la collectivité, et les résultats des évaluations des experts qui l'ont examiné. Cette liste n'est pas exhaustive.
  6. Le fait que l'accusé non responsable criminellement a déjà commis une infraction alors qu'il souffrait de troubles mentaux n'établit pas en soi qu'il représente toujours un risque important pour la sécurité du public. Cependant, il peut être tenu compte du fait qu'il a déjà commis un acte criminel, ainsi que d'autres circonstances, lorsque cela est pertinent en vue de cerner une certaine tendance comportementale et, par conséquent, de déterminer s'il représente un risque important pour la sécurité du public. Le tribunal ou la commission d'examen doit, en tout temps, examiner les circonstances propres à l'accusé dont il est question.
  7. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement

safety of the public, it must order an absolute discharge.

8. If the court or Review Board finds that the NCR accused is a significant threat to the safety of the public or if, after having found that the NCR accused is indeed a dangerous person, it is unable to reach an opinion with respect to the significance of the danger posed by the NCR accused, it has two alternatives. It may order that the NCR accused be discharged subject to such conditions as it considers appropriate (s. 672.54(b)) or it may order that the NCR accused be detained in custody in a hospital, subject to such conditions it considers appropriate (s. 672.54(c)).
9. When deciding whether to make an order for a conditional discharge or for detention in a hospital and when crafting the appropriate conditions, if any, the court or Review Board must again consider the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the NCR accused, the reintegration of the NCR accused into society, and the other needs of the NCR accused, and make the order that is the least onerous and least restrictive to the NCR accused.

### C. Section 7 of the Charter

It is with the preceding interpretation of s. 672.54 in mind that I turn to consider the appellant's contentions under s. 7 of the *Charter*. There are essentially three submissions. First, the appellant contends that s. 672.54 imposes a burden of proof on NCR accused. Second, it is alleged that a presumption of dangerousness is created by the impugned provision. Third, it is argued that the regime is overbroad and goes beyond what is needed to accomplish the objectives of Parliament.

The appellant concedes that the legislature did not expressly cast a burden of proof upon them. However, he alleges that such a burden of proof

ment ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle.

8. Si le tribunal ou la commission d'examen conclut que l'accusé non responsable criminellement représente un risque important pour la sécurité du public ou si, après avoir conclu que l'accusé est effectivement une personne dangereuse, il ne peut arriver à une conclusion quant à l'importance du risque que représente l'accusé, deux choix s'offrent à lui. Il peut soit rendre une décision portant libération de l'accusé sous réserve des modalités qu'il juge indiquées (al. 672.54b)), soit rendre une décision portant détention de l'accusé dans un hôpital sous réserve des modalités qu'il juge indiquées (al. 672.54c)).
9. Lorsqu'il choisit de rendre une décision portant libération conditionnelle de l'accusé non responsable criminellement ou une décision portant détention de celui-ci dans un hôpital et qu'il décide des modalités qui s'imposent, le cas échéant, le tribunal ou la commission d'examen doit, encore une fois, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

### C. L'article 7 de la Charte

C'est en ayant à l'esprit cette interprétation de l'art. 672.54 que je me penche sur les prétentions de l'appellant fondées sur l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit essentiellement de trois reproches. Premièrement, l'appellant soutient que l'art. 672.54 fait reposer le fardeau de la preuve sur l'accusé non responsable criminellement. Deuxièmement, il fait valoir que la disposition contestée crée une présomption de dangerosité. Troisièmement, le régime aurait une portée excessive par rapport à ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du législateur.

L'appellant reconnaît que le fardeau de la preuve ne lui est pas expressément imposé. Il allègue cependant que le fardeau de la preuve lui incombe

exists *de facto*. I fully agree with McLachlin J.'s conclusion in the present appeal that the process is inquisitorial, as opposed to adversarial, and therefore, that it does not cast a burden on the NCR accused to prove his or her lack of dangerousness (paras. 53-55 and 70). As McLachlin J. states, at para. 52, s. 672.54 is "remarkable among provisions in the Canadian *Criminal Code* in that it does not place burdens of proof on either party. It is not adversarial in the usual sense". Rather, Parliament imposes upon the court or the Review Board the duty to gather evidence and it has granted powers accordingly: *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, *supra*, at p. 57, *per* McEachern C.J.B.C.

dans les faits. Je suis tout à fait d'accord avec la conclusion du juge McLachlin, savoir que la procédure visée en l'espèce est de type inquisitoire, et non contradictoire, de sorte que l'accusé non responsable criminellement n'est pas tenu de prouver qu'il n'est pas dangereux (aux par. 53 à 55 et 70). Comme elle le dit au par. 52, l'art. 672.54 «se distingue des autres dispositions du *Code criminel* du Canada en ce qu'il n'impose aucun fardeau de la preuve à l'une ou l'autre des parties. Il n'établit pas de procédure de type contradictoire au sens habituel de ce terme». Le législateur impose plutôt au tribunal ou à la commission d'examen l'obligation de réunir des éléments de preuve et lui accorde les pouvoirs nécessaires à cette fin: *Winko c. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, précité, à la p. 57, le juge en chef McEachern.

151 If one recognizes the inquisitorial nature of the hearing before the court or the Review Board, the suggestion that the NCR accused bears a burden of proof does not withstand analysis. This is consistent with the case law: see *Davidson v. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (B.C.C.A.); *Peckham, supra*; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, *supra*; *LePage, supra*; *R. v. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163 (C.A.). The wording in the negative of s. 672.54(a) becomes irrelevant. The finding, alone, that the process is inquisitorial leads to the dismissal of the argument that there is, *de facto*, a burden of proof cast upon NCR accused. Therefore, there is no need to read s. 672.54(a) as requiring a positive finding of significant dangerousness in order to conclude that the NCR accused are under no obligation to discharge a burden of proof.

Dès lors que l'on reconnaît la nature inquisitoire de l'audition devant le tribunal ou la commission d'examen, la proposition voulant que l'accusé non responsable criminellement ait le fardeau de la preuve ne résiste pas à l'analyse. C'est d'ailleurs ce qui ressort de la jurisprudence: voir *Davidson c. British Columbia (Attorney-General)* (1993), 87 C.C.C. (3d) 269 (C.A.C.-B.); *Peckham*, précité; *Winko c. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, précité; *LePage*, précité; *R. c. Lewis* (1999), 132 C.C.C. (3d) 163 (C.A.). La formulation négative de l'al. 672.54a) devient non pertinente. La seule conclusion que la procédure est de type inquisitoire entraîne le rejet de l'allégation selon laquelle le fardeau de la preuve repose dans les faits sur l'accusé non responsable criminellement. Il n'est donc pas nécessaire d'interpréter l'al. 672.54a) comme exigeant du tribunal ou de la commission d'examen qu'il conclue positivement que l'accusé représente un danger important pour déterminer qu'aucun fardeau de la preuve n'incombe à ce dernier.

152 The appellant also argues that s. 672.54 creates a presumption of dangerousness. He urges this Court to acknowledge that the problem created by the negative test set out in s. 672.54 is that, in the absence of any evidence on future dangerousness,

L'appelant avance par ailleurs que l'art. 672.54 crée une présomption de dangerosité. Il prie notre Cour de reconnaître que le problème que crée la formulation négative du critère à l'art. 672.54 est que, en l'absence de tout élément de preuve

the court or the Review Board could decide not to grant an absolute discharge.

Neither according to my reading of s. 672.54, nor according to McLachlin J.'s interpretation, does that section create a presumption of dangerousness. The court or the Review Board must determine whether the NCR accused is a dangerous person. If it fails to positively conclude that the NCR accused is dangerous, it must grant an absolute discharge. Consequently, s. 672.54 creates no presumption of dangerousness whatsoever.

The only NCR accused who will have their liberty interests curtailed, even to the least onerous and restrictive extent possible, are dangerous NCR accused. While the principles of fundamental justice require a positive finding of dangerousness, they allow that uncertainties with respect to the extent of the threat posed by the accused, as opposed to its very existence, be resolved in favour of the safety of the public, in setting a threshold for ordering protective measures that are the least onerous and restrictive to the accused. Public concern that an NCR accused not be free of all supervision until it is established that he or she is not a significant threat to the safety of the public is obvious and legitimate.

Section 672.54 provides a set of internal balancing factors. Section 7 of the *Charter* does not mandate otherwise. Obviously, an NCR accused who is not dangerous must be absolutely discharged because the societal interest in the protection of the public is absent. If the NCR accused is dangerous, the criminal law preventive power will operate in relation to the NCR accused unless and until the threat to public safety is found to be not significant. On the other hand, until such time, limits on the NCR accused's liberty are kept to a minimum level, that is the least onerous and restrictive to the accused. Section 672.54 strikes a careful balance

concernant la dangerosité future, le tribunal ou la commission d'examen peut décider de ne pas ordonner la libération inconditionnelle.

Ni mon interprétation de l'art. 672.54 ni celle que propose le juge McLachlin ne permettent de conclure à l'existence d'une présomption de dangerosité. Le tribunal ou la commission d'examen doit déterminer si l'accusé non responsable criminellement est une personne dangereuse. S'il ne conclut pas positivement en ce sens, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle. Par conséquent, l'art. 672.54 ne crée aucune présomption de dangerosité.

Le seul accusé non responsable criminellement dont la liberté sera limitée malgré le prononcé de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté qui soit est celui qui est dangereux. Même si les principes de justice fondamentale exigent une conclusion positive quant à la dangerosité de l'accusé, ils permettent que toute incertitude quant à l'étendue du risque que représente l'accusé, par opposition à l'existence du risque comme telle, soit tranchée au bénéfice de la sécurité du public et ce, par l'établissement d'un élément déterminant pour la prise des mesures de protection qui sont les moins sévères et les moins privatives de liberté possible. Le souci de la population pour qu'un accusé non responsable criminellement n'échappe pas à toute surveillance avant qu'il ne soit établi qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public est manifeste et légitime.

L'article 672.54 renvoie à un ensemble de facteurs de pondération. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas autre chose. De toute évidence, l'accusé non responsable criminellement qui n'est pas dangereux doit être libéré inconditionnellement parce qu'il ne compromet pas la sécurité du public. Lorsque cet accusé est dangereux, le pouvoir préventif du droit criminel s'applique à moins que le risque pour la sécurité du public ne soit pas jugé important, ou jusqu'à ce qu'il ne soit plus jugé important. Par ailleurs, dans l'intérim, la liberté de l'accusé est limitée le moins possible, et la décision la moins sévère et la moins privative de

153

154

155

between the interests of the NCR accused and the protection of public safety.

liberté est rendue. L'article 672.54 établit un juste équilibre entre l'intérêt de l'accusé et l'intérêt collectif lié à la protection du public.

156 McLachlin J. dismisses the argument that s. 672.54(a) creates a presumption of dangerousness by reading into the section the requirement of a positive finding of significant dangerousness. In my view, this interpretation unduly departs from the law which in its wording complies with the *Charter*, and restricts its effectiveness in achieving its purpose. This constitutes an unnecessary interference with the intent of Parliament.

Le juge McLachlin rejette l'argument que l'al. 672.54a crée une présomption de dangerosité en interprétant la disposition comme exigeant une conclusion positive de dangerosité importante. À mon avis, cette interprétation s'écarte indûment du libellé de la loi, qui respecte pourtant la *Charte*, et elle compromet la réalisation de l'objet de la loi. Il s'agit d'une ingérence inutile dans l'intention du législateur.

157 An analysis under s. 7 of the *Charter* calls for a consideration of the actual effects of Part XX.1 on the liberty interests of NCR accused. While the making of dispositions pursuant to s. 672.54 affects individual liberty interests so as to engage s. 7 of the *Charter*, a closer consideration of the legislation, however, reveals the minimal effect of s. 672.54 on the liberty interests of the NCR accused as well as the existence of solid procedural safeguards.

L'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte* exige l'examen des effets véritables de la partie XX.1 sur le droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement. Bien qu'une décision rendue en vertu de l'art. 672.54 touche le droit à la liberté individuelle et, de ce fait, entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte*, une analyse plus approfondie de la loi révèle cependant le caractère minimal de l'incidence de l'art. 672.54 sur le droit à la liberté de l'accusé et l'existence de garanties procédurales bien établies.

158 The existing regime is fundamentally different from the regime in force at the time of this Court's decision in *Swain, supra*. Under former s. 542(2), the accused was deprived of his s. 7 right to liberty by being detained in strict custody until the pleasure of the Lieutenant Governor was known, without a hearing. This Court held in *Swain* that this was contrary to the principles of fundamental justice.

Le régime actuel diffère fondamentalement de celui qui s'appliquait lorsque notre Cour a rendu l'arrêt *Swain*, précité. L'ancien par. 542(2) privait l'accusé de son droit à la liberté garanti à l'art. 7 en prévoyant qu'il devait être tenu sous garde rigoureuse jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur soit connu et ce, sans audition. Dans l'arrêt *Swain*, notre Cour a statué que cette mesure était contraire aux principes de justice fondamentale.

159 Today, like any other accused, a person found NCR will have had a bail hearing in the course of the proceedings. Under Part XX.1, there is no automatic detention. If an assessment order is made, it takes precedence over an interim detention or release order (s. 672.17). Section 672.16 provides for a presumption against custody unless it is necessary to assess the accused or the Crown shows that the detention of the accused is justified on either of the grounds set out at s. 515(10) (bail hearing). Therefore, at the time of the verdict, the

Maintenant, comme tout autre accusé, la personne non responsable criminellement est entendue dans le cadre d'une audience relative à la mise en liberté sous caution. La partie XX.1 ne prévoit aucune détention automatique. Lorsqu'une ordonnance d'évaluation est rendue, elle prime toute ordonnance de mise en liberté provisoire ou de détention (art. 672.17). L'article 672.16 donne priorité à la mise en liberté sauf lorsque la détention est nécessaire pour évaluer l'état mental de l'accusé ou lorsque le ministère public démontre

accused may be at large on bail or in custody on the authority of a detention order.

The accused has a full opportunity to challenge any proposed restraint on his or her liberty at the initial bail hearing and at any subsequent application by the Crown to vary the bail. Also, if the accused is dissatisfied with the bail or detention order in effect at the time of the verdict, he or she may move to vary that order.

McLachlin J. aptly describes the other procedural safeguards established by Part XX.1 at paras. 23-29. They are characterized by several protections for the NCR accused. His or her case must be dealt with promptly within set delays. Mandatory reviews are provided for on a periodic basis as well as following any increased restrictions upon the liberty of the NCR accused. There are also very broad review and appeal rights available to the NCR accused as well as to persons in charge of his or her treatment and any other interested person designated by the court or the Review Board.

A review of the relevant legislative provisions, having regard to the proper interpretation of s. 672.54, shows the appellant's submissions, that individual dangerousness need not be proven to support a restriction of the liberty interests of NCR accused, to be inaccurate.

Also, it is incorrect and misleading to approach the issue of constitutional validity from the perspective of a simple dichotomy between "detention" on one hand, and "absolute discharge" on the other. As Goldie J.A. noted in *Davidson, supra*, at p. 278, "[u]nlike the polar opposites of conviction and acquittal the options open to the Board where

que la détention de l'accusé est justifiée au sens du par. 515(10) (audience relative à la mise en liberté sous caution). Au moment du verdict, l'accusé peut donc être mis en liberté sous caution ou détenu en vertu d'une ordonnance de détention.

Il est pleinement loisible à l'accusé de contester toute limitation projetée de sa liberté lors de l'audience initiale relative à la mise en liberté sous caution et dans le cadre de toute demande subséquente du ministère public visant à modifier l'ordonnance de mise en liberté sous caution. En outre, s'il n'est pas satisfait de l'ordonnance de mise en liberté sous caution ou de détention applicable au moment du verdict, l'accusé peut en demander la modification.

Le juge McLachlin décrit fort bien aux par. 23 à 29 de ses motifs les autres garanties procédurales qui sont prévues à la partie XX.1 et qui assurent, sous plusieurs rapports, la protection de l'accusé non responsable criminellement. Le dossier de l'accusé doit être examiné avec diligence en respectant les délais prescrits. Une révision doit avoir lieu périodiquement, ainsi qu'après un resserrement des privations de liberté imposées à l'accusé. Des droits très étendus en matière de révision et d'appel sont également accordés à l'accusé de même qu'aux personnes chargées de son traitement et à toute autre personne intéressée que désigne le tribunal ou la commission d'examen.

Il ressort de l'examen des dispositions législatives applicables, compte tenu de l'interprétation appropriée de l'art. 672.54, que les prétentions de l'appelant selon lesquelles un accusé non responsable criminellement peut être privé de sa liberté sans que sa dangerosité ne soit établie au préalable, ne sont pas fondées.

De plus, il est inapproprié et trompeur d'aborder la question de la constitutionnalité des dispositions en cause sous l'angle d'une simple dichotomie entre «détention», d'une part, et «libération inconditionnelle», d'autre part. Comme le signale le juge Goldie dans *Davidson*, précité, à la p. 278, [TRADUCTION] «[c]ontrairement à la déclaration de culpabilité et à l'acquiescement qui se situent à des pôles opposés, les options qui s'offrent à la com-

160

161

162

163

absolute discharge is not an acceptable alternative cover a wide spectrum.”

mission lorsque la libération inconditionnelle ne constitue pas une mesure acceptable sont nombreuses.»

164 A wide array of dispositions is available ranging from complete community release with the only requirement being to attend a hearing once a year, or reporting periodically to an out-patient clinic and attending counselling, or living in the community under strict supervision, or having unsupervised community visits, to living in an open hospital ward, or living in a single-locked ward, or a medium or maximum-security detention hospital at the other end of the spectrum.

La gamme étendue des décisions susceptibles d’être rendues va de la mise en liberté totale dans la collectivité sous réserve de la seule exigence de se présenter à une audition une fois l’an ou de se présenter périodiquement à un centre de consultation externe et de participer à des séances de counselling, de la vie au sein de la collectivité sous surveillance rigoureuse ou des visites sans surveillance dans la collectivité, à une extrémité du spectre, à la vie en salle commune ouverte ou en salle d’isolement dans un hôpital ou à la détention dans un hôpital à sécurité moyenne ou maximale, à l’autre extrémité du spectre.

165 Dangerous NCR accused can be subjected only to the disposition and the conditions that are the least onerous and restrictive upon them, taking into account the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused: *British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) v. Johnson*, [1995] B.C.J. No. 2247 (Q.L.) (C.A.), at para. 50.

L’accusé non responsable criminellement et qui est dangereux ne peut être assujéti qu’à la décision et aux conditions qui sont les moins sévères et les moins privatives de liberté, compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l’état mental de l’accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale: *British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) c. Johnson*, [1995] B.C.J. No. 2247 (Q.L.) (C.A.), au par. 50.

166 The court or the Review Board engages in a risk-management exercise. Detention or confinement will constitute the appropriate disposition only when that will be the least onerous disposition possible, i.e., the only way to prevent the threat to public safety from becoming a reality. I fail to see how the imposition of the disposition that is the least onerous and restrictive possible is overbroad or otherwise does not conform to the principles of fundamental justice.

Le tribunal ou la commission d’examen se livre à un exercice de gestion du risque. La mise sous garde ou l’internement n’est opportun que s’il s’agit de la décision la moins sévère possible, c’est-à-dire de la seule façon d’éviter que le risque pour la sécurité du public ne se réalise. Je vois mal comment le prononcé de la décision la moins sévère et la moins privative de liberté possible puisse être excessif ou contraire par ailleurs aux principes de justice fondamentale.

167 The appellant argues that s. 672.54 is overbroad because it includes minor offences. A related argument is that in the absence of capping provisions there is no measure of proportionality between the seriousness of the offence and the potential period of lost liberty. Therefore, the means chosen, it is

L’appelant fait valoir que l’art. 672.54 a une portée excessive parce qu’il s’applique aux infractions de moindre gravité. Selon un argument connexe, en l’absence de dispositions permettant de déterminer la durée maximale de la garde, la durée éventuelle de la privation de liberté n’est pas proportionnelle à la gravité de l’infraction. Par conséquent, les moyens choisis ne sont pas, prétend-il,

argued, are not reasonably tailored to effect the desired purpose.

First, it must be noted that there is no such thing as an indeterminate disposition, *simpliciter*, under Part XX.1, since periodic *de novo* review of the case of NCR accused is mandatory: *Blackman v. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412 (B.C.C.A.), at p. 433; see *a pari*, *Lyons, supra*, at p. 341. Also, the disposition may be expressly time-limited by order of the court or Review Board: s. 672.63.

At any rate, the appellant's submissions ultimately fail because they are based on a mistaken understanding of the nature of the situation of NCR accused and the *sui generis* criminal law regime adapted to them. This incorrect appreciation appears to be the basis for the reasons of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL), where Scott C.J.M. accepted the submission that s. 672.54 is overbroad and ruled for the court: "Some legal justification must be found to restrict the liberty of a person once the criminal law regime has run its legitimate course" (para. 54).

Criminal law simply "runs its legitimate course" differently for NCR accused than for convicted persons. Section 672.54 is not overbroad precisely because it is tailored to fit the particular situation of the NCR accused. One must look at Part XX.1 as a whole if any comparison is to be made with the situation of other offenders under the *Criminal Code*. Offenders, other than NCR accused, who are convicted will be deprived of their liberty whether they are still dangerous or not. By contrast, if the NCR accused is not dangerous, he or she will be absolutely discharged.

raisonnablement susceptibles de permettre d'atteindre l'objectif recherché.

Premièrement, il faut signaler que la partie XX.1 ne prévoit aucune décision dont la durée d'application est indéterminée, purement et simplement, car la révision *de novo* du dossier de l'accusé non responsable criminellement doit avoir lieu périodiquement: *Blackman c. British Columbia (Review Board)* (1995), 95 C.C.C. (3d) 412 (C.A.C.-B.), à la p. 433; voir également *Lyons*, précité, à la p. 341. En outre, le tribunal ou la commission d'examen peut préciser expressément la durée d'application de la décision qu'il rend: art. 672.63.

Quoiqu'il en soit, il ne peut être fait droit aux prétentions de l'appelant car, en fin de compte, elles s'appuient sur une conception erronée de la nature de la situation de l'accusé non responsable criminellement et du régime *sui generis* de droit pénal applicable à ce dernier. La même conception erronée semble expliquer les motifs de la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Hoepfner*, [1999] M.J. No. 113 (QL), où le juge en chef Scott a fait droit à la prétention que l'art. 672.54 a une portée excessive et a conclu au nom de la Cour d'appel: [TRADUCTION] «Un certain fondement juridique est nécessaire pour limiter la liberté d'une personne une fois que la procédure établie par le régime de droit criminel a dûment suivi son cours» (par. 54).

La façon dont la procédure établie par le droit criminel «suit dûment son cours» n'est tout simplement pas la même pour l'accusé non responsable criminellement que pour la personne déclarée coupable. L'article 672.54 n'a pas une portée excessive précisément parce qu'il est conçu pour s'adapter à la situation particulière de l'accusé non responsable criminellement. Pour établir une comparaison avec la situation des autres personnes qui contreviennent aux dispositions du *Code criminel*, il faut examiner la partie XX.1 dans son ensemble. Le contrevenant, autre qu'un accusé non responsable criminellement qui est déclaré coupable, est privé de sa liberté, qu'il soit encore dangereux ou non. À l'opposé, si l'accusé non responsable criminellement n'est pas dangereux, il est libéré inconditionnellement.

168

169

170

171

The sentence of sane convicted offenders is determined in accordance with well-established principles including proportionality with the gravity of the offence committed and the degree of responsibility of the offender (s. 718.1 of the *Criminal Code*): Ruby, *supra*, at pp. 23 *et seq.*; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at pp. 60-63. It is useful to recall the words of Lamer C.J. in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at paras. 40 and 79:

Indeed, the principle of proportionality in punishment is fundamentally connected to the general principle of criminal liability which holds that the criminal sanction may only be imposed on those actors who possess a morally culpable state of mind. . . .

It is this mental state which gives rise to the “moral blameworthiness” which justifies the state in imposing the stigma and punishment associated with a criminal sentence. . . . [I]t is this same element of “moral blameworthiness” which animates the determination of the appropriate quantum of punishment for a convicted offender as a “just sanction”. [Emphasis added.]

172

The very statement of the principle demonstrates that it cannot apply in the case of NCR accused. It must be acknowledged that a fixed-term sentence is just that: a sentence. Capping provisions belong to the sentencing system and are not suited for NCR accused. The notion of proportionality cannot be applied to NCR accused because they did not rationally commit the criminal act in question. As Lamer C.J. held in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1320:

While the state of insanity and the state of childhood cannot be equated, the connection between these two situations for the purpose of criminal law is apparent. What these two situations have in common is that they both indicate that the individual in question does not accord with some basic assumptions of our criminal law model: that the accused is a rational autonomous being who is capable of appreciating the nature and quality of an act and of knowing right from wrong. [Emphasis added.]

La peine infligée au contrevenant sain d’esprit qui est déclaré coupable est déterminée au regard de principes bien établis, y compris celui voulant qu’elle soit proportionnelle à la gravité de l’infraction perpétrée et au degré de responsabilité du contrevenant (art. 718.1 du *Code criminel*): Ruby, *op. cit.*, aux pp. 23 et suiv.; D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (3<sup>e</sup> éd. 1995), aux pp. 60 à 63. Il convient de rappeler les propos tenus par le juge en chef Lamer dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, aux par. 40 et 79:

En effet, le principe de proportionnalité en matière de punition est fondamentalement lié au principe général de la responsabilité criminelle qui veut qu’on ne puisse imposer de sanction pénale qu’aux contrevenants possédant un état d’esprit moralement coupable. . .

C’est cet état d’esprit qui donne naissance à la «culpabilité morale» justifiant l’État d’infliger les stigmates et la peine qui se rattachent à une condamnation criminelle. [ . . . ] [C]’est ce même élément de «culpabilité morale» qui anime la détermination de la durée appropriée de la peine qui doit être infligée, en tant que «sanction juste», au contrevenant déclaré coupable. [Je souligne.]

Il ressort de la formulation même du principe qu’il ne peut s’appliquer à l’accusé non responsable criminellement. Force est de reconnaître que la peine d’une durée déterminée est une peine et rien d’autre. Les dispositions qui prévoient une peine maximale appartiennent au régime de détermination de la peine et ne sauraient s’appliquer à l’accusé non responsable criminellement. Le principe de la proportionnalité ne peut s’appliquer à ce dernier, car il n’a pas rationnellement perpétré l’acte criminel en cause. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1320:

Bien qu’on ne puisse assimiler l’état d’aliéné à celui d’enfant, il y a manifestement un lien entre ces deux conditions aux fins du droit criminel. Ces deux situations ont ceci de commun qu’elles font ressortir que l’individu en cause ne répond pas à certains postulats fondamentaux de notre modèle de droit criminel: savoir que l’accusé est un être autonome et rationnel, capable de juger la nature et la qualité d’un acte et de distinguer le bien du mal. [Je souligne.]

See also *R. v. Oommen*, [1994] 2 S.C.R. 507; *LePage*, *supra*, at p. 203. No “moral blameworthiness” can be imposed upon NCR accused. This is the very reason for which they have been declared not criminally responsible.

If punishment clearly cannot be one of the objectives of Part XX.1, then the correlative principle of proportionality cannot apply either. As R. P. Nadin-Davis, in *Sentencing in Canada* (1982), wrote at p. 15: “Common sense dictates that, in dealing with an offender suffering from mental disorder, special handling is needed. Any notion of commensurate punishment strikes one as unjust for a person who commits a criminal act by reason of an affliction of the mind”. Part XX.1 is an integrated scheme, the constitutional validity of which must be determined by considering the system as a whole.

Part XX.1 adapts the criminal system to the mentally ill who are not responsible for their criminal acts. NCR accused are not sentenced because a sentence is appropriate neither for the NCR accused nor for the safety of the public. The sentence is replaced by the least onerous and restrictive disposition to the NCR accused which is appropriate to protect the public against NCR accused who are dangerous persons. Section 7 of the *Charter* allows for such a measured restriction on liberty in the interest of the public.

I respectfully disagree with my colleague that a positive conclusion of significant threat to the safety of the public, as distinguished from a positive conclusion of dangerousness to the public, is, as a principle of fundamental justice, the necessary threshold for imposing even the least restrictive and onerous measures to the accused for the protection of the public as well as for defining the extent of the federal criminal law power. To hold the latter would introduce an uncalled for qualification to the teachings of this Court in *Swain*, *supra*. I cannot accept that the preventive powers of Parliament under its criminal law jurisdiction are so limited and that principles of fundamental

Voir également *R. c. Oommen*, [1994] 2 R.C.S. 507; *LePage*, précité, à la p. 203. Aucune «culpabilité morale» ne peut être imputée à l'accusé non responsable criminellement. C'est d'ailleurs pourquoi on estime qu'il n'a pas engagé sa responsabilité pénale.

Si la punition n'est manifestement pas l'un des objectifs qui sous-tendent la partie XX.1, alors le principe corrélatif de la proportionnalité de la peine ne peut s'appliquer non plus. Comme l'écrit R. P. Nadin-Davis dans *Sentencing in Canada* (1982), à la p. 15: [TRADUCTION] «Le bon sens exige qu'un traitement spécial soit accordé au contrevenant qui est atteint de troubles mentaux. Toute notion de proportionnalité de la peine paraît injuste à l'égard d'une personne qui a commis un acte criminel à cause d'une maladie mentale». La partie XX.1 forme un tout dont il faut tenir compte pour statuer sur sa constitutionnalité.

La partie XX.1 adapte le régime de droit criminel à la personne atteinte de troubles mentaux qui n'est pas responsable de l'acte criminel qu'elle commet. Aucune peine n'est infligée à un accusé non responsable criminellement parce qu'elle ne saurait être justifiée, ni pour lui ni pour la sécurité du public. La peine est remplacée par la décision la moins sévère et la moins privative de liberté permettant d'assurer la protection du public contre l'accusé non responsable criminellement et qui constitue une personne dangereuse. L'article 7 de la *Charte* permet une telle privation modulée de liberté dans l'intérêt public.

En toute déférence pour l'avis de ma collègue, je ne crois pas qu'une conclusion positive selon laquelle l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public, par opposition à une conclusion positive de dangerosité vis-à-vis du public, constitue, selon un principe de justice fondamentale, l'élément déterminant pour prendre ne serait-ce que la mesure la moins sévère et la moins privative de liberté aux fins de la protection du public et pour déterminer l'étendue du pouvoir fédéral en matière de droit criminel. Conclure en ce sens apporterait une restriction induue aux enseignements de notre Cour dans *Swain*, précité. Je ne peux accepter que le volet préventif de la compé-

173

174

175

justice require that the risks arising from uncertainties in assessing the degrees of dangerousness must be entirely borne by the public to the point that even the least onerous and restrictive measures to the accused who is found to be dangerous cannot be ordered as provided by s. 672.54.

tence du Parlement en droit criminel soit ainsi limité, ni que les principes de justice fondamentale exigent que le public assume entièrement le risque lié à l'incertitude inhérente à l'évaluation de la dangerosité, de telle sorte que même les mesures les moins sévères et les moins privatives de liberté prévues à l'art. 672.54 ne puissent être ordonnées relativement à l'accusé jugé dangereux.

176 For these reasons, I conclude that s. 7 of the *Charter* is not violated by Part XX.1 of the *Criminal Code*.

Pour ces motifs, je conclus que la partie XX.1 du *Code criminel* ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

### Summary

### Résumé

177 The plain wording of s. 672.54 must be given effect while considering its actual effects. On its face, s. 672.54 makes a distinction between “dangerous persons” and NCR accused who are “a significant threat to the safety of the public”. Section 672.54(a) clearly provides that an absolute discharge is to be granted only to the NCR accused who is not a significant threat to the safety of the public.

Il faut tenir compte du texte clair de l'art. 672.54 lorsque l'on examine les effets qu'il a véritablement. À sa face même, la disposition établit une distinction entre les «personnes dangereuses» et les accusés non responsables criminellement qui représentent «un risque important pour la sécurité du public». L'alinéa 672.54a) prévoit clairement que la libération inconditionnelle n'est accordée qu'à l'accusé qui ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

178 Following *Swain*, the preventive jurisdiction of criminal law is triggered by the existence of a threat to public safety. Danger is the threshold and not significant danger. Hence, and as provided for by s. 672.54, a positive finding of dangerousness must necessarily be made by the court or the Review Board. It follows that there is no presumption of dangerousness. The process is inquisitorial: it is incumbent upon the court or the Review Board to gather the relevant evidence. None of the parties bears a burden of proof. The negative test set out by s. 672.54(a) of the *Criminal Code* is limited to the non-existence of a significant threat to public safety and is legitimate.

Depuis l'arrêt *Swain*, l'application du volet préventif de la compétence en droit criminel est déclenchée par l'existence d'un risque pour la sécurité du public. C'est le danger, et non le danger important, qui constitue l'élément déterminant. Par conséquent, et comme le prévoit l'art. 672.54, le tribunal ou la commission d'examen doit nécessairement arriver à une conclusion positive de dangerosité. Il n'y a donc pas de présomption de dangerosité. La procédure est de type inquisitoire: il appartient au tribunal ou à la commission d'examen de réunir les éléments de preuve. Le fardeau de la preuve ne repose sur aucune des parties. Le critère énoncé par la négative à l'al. 672.54a) du *Code criminel* ne vise que l'absence de risque important pour la sécurité du public et il est légitime.

179 It is only if the court or the Review Board is unable to form the opinion that the NCR accused is not a significant threat to the safety of the public that it may deny the granting of an absolute discharge. In that event, the court or Review Board

La libération inconditionnelle ne peut être refusée que si le tribunal ou la commission d'examen ne peut arriver à la conclusion que l'accusé non responsable criminellement ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

must choose, from a whole range of dispositions, the order that is the least onerous and least restrictive to the accused, having regard to the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused.

While the principles of fundamental justice require that a positive finding of dangerousness be made and that interferences with the accused's liberty interests be kept to a minimum, they do not require that the public bear the risk posed by a dangerous NCR accused who cannot be determined not to be a significant threat to the safety of the public.

Given the fact that there is neither a burden of proof on the accused nor a presumption of dangerousness, that any restriction on the liberty interests of the NCR accused must be the least onerous and least restrictive possible, and considering the many procedural safeguards provided, I conclude that s. 672.54 complies with the principles of fundamental justice. Therefore, the appellant's argument that it violates s. 7 must fail.

#### D. Section 15 of the Charter

I agree with McLachlin J.'s analysis and her conclusion that the appellant's right to equal treatment under the law is not violated. As the appellant has placed great emphasis on the comparison of the regime for NCR accused with that for dangerous offenders, I wish to address this argument more specifically and add that the conclusions of my colleague are supported by a closer review of the two regimes viewed as integrated schemes.

Upon determining that a person is a "dangerous offender", the court may impose a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period. The purpose is both preventive and punitive. Reviews for parole occur at the end of seven years and every two years thereafter. A dangerous

Le tribunal ou la commission d'examen qui oppose un tel refus doit alors, à partir d'une gamme complète de mesures possibles, rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

Même s'ils exigent qu'une conclusion positive de dangerosité soit tirée et que l'atteinte à la liberté de l'accusé soit aussi légère que possible, les principes de justice fondamentale n'exigent pas que le public assume le risque que constitue un accusé dangereux lorsqu'on ne peut déterminer qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

Étant donné qu'aucun fardeau de la preuve ne repose sur l'accusé et qu'aucune présomption de dangerosité n'est établie, que la décision portant atteinte à la liberté de l'accusé doit être la moins sévère et la moins privative de liberté et que de nombreuses garanties procédurales s'appliquent, j'en conclus que l'art. 672.54 respecte les principes de justice fondamentale. L'argument de l'appelant selon lequel cette disposition viole l'art. 7 de la *Charte* doit donc être rejeté.

#### D. L'article 15 de la Charte

Je suis d'accord avec l'analyse du juge McLachlin et avec sa conclusion que l'appelant n'est pas privé de son droit au même bénéfice de la loi. Comme l'appelant a accordé beaucoup d'importance à la comparaison du régime applicable aux accusés non responsables criminellement et de celui qui s'applique aux délinquants dangereux, j'analyserai cette question plus particulièrement. J'ajoute qu'un examen plus approfondi des deux régimes considérés dans leur ensemble appuie les conclusions de ma collègue.

Au moment où il détermine qu'une personne est un «délinquant dangereux», le tribunal peut infliger une peine de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée. L'effet recherché est à la fois la prévention et la punition. Un examen du dossier en vue d'une libération condition-

180

181

182

183

offender can be released on parole (s. 761), but never receives an absolute discharge. Moreover, the release on parole is a privilege and not a right: *Mitchell v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 570, at p. 593.

nelle a lieu à l'expiration d'un délai de sept ans, puis tous les deux ans. Un délinquant dangereux peut obtenir une libération conditionnelle (art. 761), mais il ne peut jamais bénéficier d'une absolution inconditionnelle. En outre, la libération conditionnelle est un privilège, et non un droit: *Mitchell c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 570, à la p. 593.

184

On the other hand, under Part XX.1, an NCR accused, with respect to whom the court or the Review Board could not come to the conclusion that he or she is not a significant threat to public safety, may be detained, but only if that constitutes the least onerous and least restrictive disposition possible under the circumstances. The court or the Review Board can choose from a whole range of dispositions that allow for the treatment of the NCR accused and lead to the most successful and complete reintegration into the community possible. He must be absolutely discharged as soon as the court or the Review Board is of the opinion that he or she is not a significant threat to public safety. Moreover, reviews of the situation of the NCR accused must take place on request at any time and in any event annually and whenever a greater restriction on his liberty is imposed.

Par contre, en application de la partie XX.1, l'accusé non responsable criminellement et à l'égard duquel le tribunal ou la commission d'examen n'a pu déterminer qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public peut être détenu, mais seulement s'il s'agit de la mesure la moins sévère et la moins privative de liberté dans les circonstances. Le tribunal ou la commission d'examen peut choisir parmi la gamme de décisions possibles celle qui, à son avis, convient le mieux pour assurer le traitement de l'accusé et une réinsertion sociale réussie et complète. Il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle dès qu'il est d'avis que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public. En outre, la révision du dossier de l'accusé a lieu sur demande, à tout moment et au moins une fois l'an, de même qu'après tout resserrement des privations de liberté.

185

It is true, as the appellant argues, that under Part XXIV, the burden is cast upon the Crown to establish beyond a reasonable doubt all the necessary elements contained in the dangerous offender provisions, whereas under Part XX.1, the Crown does not bear the burden of proving that the NCR accused poses a significant threat to the safety of the public. However, this argument misses the mark for two reasons. First, the burden imposed upon the Crown is tied to the fact that a sentence is sought as a punishment that is far more severe and constraining than the regime designed to meet the needs of NCR accused. Second, the whole process before the court or the Review Board is inquisitorial and not adversarial. There are no parties. There is no burden of proof. This system, in the interest of the NCR accused, protects the integrity of the professional relationships involved. It allows for a better assessment of the condition of the NCR

Il est vrai, comme le prétend l'appelant, qu'il appartient au ministère public, sous le régime de la partie XXIV, de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments exigés par les dispositions relatives aux délinquants dangereux, tandis que la partie XX.1 n'exige pas que le ministère public prouve que l'accusé représente un risque important pour la sécurité du public. Or, cette disparité s'explique pour deux raisons. Premièrement, le ministère public a le fardeau de la preuve parce qu'il demande que soit infligée au délinquant, en guise de punition, une peine qui est beaucoup plus sévère et contraignante que l'une ou l'autre des mesures prévues dans le cadre du régime conçu pour répondre aux besoins de l'accusé non responsable criminellement. Deuxièmement, toute la procédure devant le tribunal ou la commission d'examen est de type inquisitoire, et non contradictoire. Il n'y a pas de parties à l'instance. Il n'y a pas non

accused which, in turn, leads to a more accurate determination of the disposition that will best serve the needs of the NCR accused and his or her reintegration into society and be the least onerous and restrictive upon the NCR accused while protecting the safety of the public.

Therefore, when viewed as a whole, under the scheme of Part XX.1 of the *Criminal Code* NCR accused are not disadvantaged as compared to dangerous offenders. Rather, Part XX.1 provides for the least restrictive intrusion with the liberty interests of the accused consistent with protecting public safety.

The analysis and the reasoning of McLachlin J. are equally applicable to my interpretation of s. 672.54(a). Like McLachlin J., I have reached the conclusion that there is no presumption of dangerousness. This is so pursuant to the plain meaning of s. 672.54. Parliament has envisaged two different levels of dangerousness, namely dangerousness and significant threat to public safety. A positive finding of dangerousness is required to deny an NCR accused an absolute discharge. The NCR accused is also entitled to an absolute discharge even though he or she is dangerous, if he or she is found not to be a significant threat to the safety of the public.

Contrary to McLachlin J.'s comment at para. 96, there is no need to read down s. 672.54(a) as requiring a positive finding of significant dangerousness as a condition for refusing an absolute discharge. My colleague's analysis is equally appropriate to a threshold of dangerousness or threat to public safety. Any constraints on the liberty interests of the NCR accused are to be geared to his or

plus de fardeau de la preuve. Dans l'intérêt de l'accusé, ce régime protège l'intégrité des rapports professionnels en cause. Il permet une meilleure évaluation de l'état de l'accusé, de sorte que puisse être rendue la décision qui répond le mieux à ses besoins, y compris sa réinsertion sociale, et qui est la moins sévère et la moins privative de liberté tout en assurant la protection du public.

Par conséquent, vu dans son ensemble, le régime établi à la partie XX.1 du *Code criminel* ne défavorise pas les accusés non responsables criminellement par rapport aux délinquants dangereux. La partie XX.1 prévoit plutôt le prononcé de la décision la moins privative de liberté compte tenu de la nécessité de protéger le public.

L'analyse et le raisonnement du juge McLachlin s'appliquent également à mon interprétation de l'art. 672.54(a). À l'instar du juge McLachlin, je conclus qu'il n'existe aucune présomption de dangerosité. C'est ce qui ressort du texte clair de l'art. 672.54. Le législateur a envisagé deux catégories de personnes représentant deux niveaux différents de dangerosité, soit celles qui sont dangereuses et celles qui représentent un risque important pour la sécurité du public. Le refus d'accorder la libération inconditionnelle doit s'appuyer sur une conclusion positive selon laquelle l'accusé non responsable criminellement est une personne dangereuse. En outre, l'accusé peut bénéficier de la libération inconditionnelle même s'il est dangereux, dans la mesure où le tribunal ou la commission d'examen détermine qu'il ne représente pas un risque important pour la sécurité du public.

Contrairement à ce qu'affirme le juge McLachlin au par. 96 de ses motifs, il n'est pas nécessaire de donner une interprétation atténuée de l'al. 672.54(a) et d'y voir l'exigence que le tribunal ou la commission d'examen conclue positivement que l'accusé représente un risque important pour pouvoir lui refuser la libération inconditionnelle. L'analyse de ma collègue vaut également quant à l'élément déterminant de la dangerosité ou du risque pour la sécurité du public. Toute atteinte au droit à la liberté de l'accusé non responsable criminellement doit être adaptée aux circonstances parti-

186

187

188

her individual circumstances, as my colleague explains.

189 Whatever the threshold, be it dangerousness or significant threat to the safety of the public, the measures must be geared thereto and in all cases be the least onerous and least restrictive to the accused having regard to his or her condition as known.

190 Such measures benefit public safety and each NCR accused as well, as they will allow such treatment and supervision as are least onerous and least restrictive to him or her and are called for to meet his or her needs and facilitate reintegration into society. Whatever the threshold, the correspondence between protection measures and need is maintained. Uncertainties in assessment of risk are an unavoidable element of risk itself. Applied to either threshold, my colleague's reasons for concluding to an absence of burden and discrimination, with which I agree, are equally valid.

191 No negative message is sent about the worth or value of NCR accused. On the contrary, Parliament acknowledges that the needs of the NCR accused ought to be addressed by the criminal law system and that traditional sentencing principles cannot apply to them. Parliament has sent a message that the assessment of the NCR accused is to be dealt with with the utmost consideration and prudence. Numerous procedural safeguards are provided. Part XX.1 is the legislative expression of a careful reconciliation of the interests of the NCR accused and society.

192 Section 672.54 mandates the consideration of all the needs of an NCR accused, including specifically his or her interest in being reintegrated into society. Inducement to treatment is the favoured solution. Parliament insists that, if measures of protection need to be imposed, given the dangerousness posed by an NCR accused, they are to be carefully designed as the least onerous and restrictive possible. In short, Parliament sends the key

culières de ce dernier, comme l'explique ma collègue.

Quel que soit le critère déterminant, que ce soit la dangerosité ou le risque important pour la sécurité du public, les mesures prises doivent être adaptées en conséquence et, dans tous les cas, être les moins sévères et les moins privatives de liberté compte tenu de l'état mental connu de l'accusé.

De telles mesures sont à l'avantage du public et de chaque accusé non responsable criminellement, car elles permettent le traitement et la surveillance les moins sévères et les moins privatifs de liberté qui répondent aux besoins de l'accusé et facilitent sa réinsertion sociale. Quel que soit le critère déterminant, la conformité des mesures de protection aux besoins est maintenue. L'incertitude inhérente à l'évaluation du risque est en soi un élément de risque imparable. Les motifs pour lesquels ma collègue conclut à l'absence de préjudice et de toute discrimination, et auxquels je souscris, sont également valables pour l'un et l'autre de ces critères.

Aucun message négatif n'est transmis concernant la valeur de l'accusé non responsable criminellement. Au contraire, le législateur reconnaît que ses besoins doivent être pris en considération par le système de justice pénale et que les principes traditionnels de détermination de la peine ne peuvent s'appliquer dans son cas. Le message transmis est que l'évaluation de l'accusé doit se faire avec les plus grands soin et prudence. De nombreuses garanties procédurales s'appliquent. La partie XX.1 est l'expression législative de la juste conciliation des intérêts de l'accusé non responsable criminellement et de ceux de la collectivité.

L'article 672.54 exige la prise en compte de tous les besoins de l'accusé non responsable criminellement, y compris, expressément, de la nécessité de sa réinsertion sociale. L'incitation au traitement est la mesure privilégiée. Le législateur précise que si des mesures de protection s'imposent, parce que l'accusé est dangereux, elles doivent être soigneusement conçues et correspondre à la décision la moins sévère et la moins privative de liberté

positive message that NCR accused are, as much as possible, to be reintegrated into society.

For the above reasons, I conclude that Part XX.1 does not violate the equality rights of NCR accused as guaranteed by s. 15 of the *Charter*.

### III. Conclusion

Parliament has crafted a careful scheme designed to address the particular situation of the mentally ill in the criminal justice system. No burden of proof is cast upon NCR accused. There is no presumption that NCR accused are dangerous.

The court or the Review Board must make a positive finding of dangerousness. If it believes that the NCR accused is not a significant threat to public safety, it must order an absolute discharge. If, however, it cannot form the opinion that the NCR accused is not a significant threat to public safety, it is entitled to deny an absolute discharge. It must then order the disposition that will be the least restrictive and onerous possible upon the NCR accused, taking into account the need to protect the public, the mental condition of the accused, his or her reintegration into society as well as his or her other needs.

Neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter* is violated. It is not necessary for this Court to deny the existence of the negative test set out in s. 672.54 in order to reach that conclusion. The previous system was declared unconstitutional by this Court in *Swain*. In my opinion, the existing legislation is the result of constitutionally permissible choices.

With respect to the disposition of the case at bar, I agree with McLachlin J. that this Court should exercise its discretion to decide the appeal, despite the fact that Mr. Winko has been absolutely discharged (para. 100 of McLachlin J.'s reasons).

possible. En somme, le législateur transmet essentiellement le message positif qu'il doit y avoir, dans la mesure du possible, réinsertion sociale de l'accusé non responsable criminellement.

Pour ces motifs, je conclus que la partie XX.1 ne viole pas les droits à l'égalité de l'accusé non responsable criminellement garantis à l'art. 15 de la *Charte*.

### III. Conclusion

Le législateur a établi, dans le cadre du système de justice pénale, un régime adapté à la situation particulière de la personne atteinte de troubles mentaux. Aucun fardeau de la preuve ne repose sur l'accusé non responsable criminellement. Il n'existe aucune présomption selon laquelle cet accusé est dangereux.

Le tribunal ou la commission d'examen doit conclure positivement que l'accusé est dangereux. S'il croit que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il doit rendre une décision portant libération inconditionnelle. Si, par contre, il ne peut arriver à la conclusion que l'accusé ne représente pas un risque important pour la sécurité du public, il lui est loisible de refuser la libération inconditionnelle. Il doit alors rendre la décision la moins sévère et la moins privative de liberté compte tenu de la nécessité de protéger le public face aux personnes dangereuses, de l'état mental de l'accusé et de ses besoins, notamment de la nécessité de sa réinsertion sociale.

Il n'y a violation ni de l'art. 7 ni de l'art. 15 de la *Charte*. La Cour n'a pas à écarter le critère énoncé par la négative à l'art. 672.54 pour arriver à cette conclusion. Le régime antérieur a été déclaré inconstitutionnel par la Cour dans l'arrêt *Swain*. À mon avis, les dispositions actuelles expriment un choix du législateur qu'autorise la Constitution.

Pour ce qui est de la décision à rendre, je conviens avec le juge McLachlin que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher le pourvoi, même si M. Winko a bénéficié d'une libération inconditionnelle (par. 100 de ses motifs).

193

194

195

196

197

Since Mr. Winko based his argument exclusively on the constitutionality of the impugned provisions, this Court need not determine whether the Court of Appeal erred in refusing to overturn the decision of the Review Board. However, consistent with my interpretation of s. 672.54, I do not subscribe to McLachlin J.'s comment on the apparent interpretation of s. 672.54 by the Review Board. It could and should have proceeded on the basis that no absolute discharge was to be granted unless it was satisfied that Mr. Winko was not a significant threat to the safety of the public.

Comme M. Winko invoque uniquement l'inconstitutionnalité des dispositions contestées, notre Cour n'a pas à décider si la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'infirmer la décision de la commission d'examen. Cependant, conformément à l'interprétation que je fais de l'art. 672.54, je ne souscris pas aux observations du juge McLachlin concernant l'interprétation apparente de cette disposition par la commission d'examen. Cette dernière aurait pu et aurait dû tenir pour acquis qu'aucune libération inconditionnelle ne pouvait être ordonnée à moins qu'elle ne soit convaincue que M. Winko ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public.

198 For all of the above reasons, I would dismiss the appeal and adopt the answers of McLachlin J. to the constitutional questions.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Director, Forensic Psychiatric Institute: Mary P. Acheson, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of British Columbia: Harvey M. Groberman and Lisa J. Mrozinski, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Kenneth J. Yule and George G. Dolhai, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Eric H. Siebenmorgen, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Pierre Lapointe, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Kenneth Samuel Cromie: Burstein & Paine, Toronto.*

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles comme le propose le juge McLachlin.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appellant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé le directeur du Forensic Psychiatric Institute: Mary P. Acheson, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Harvey M. Groberman et Lisa J. Mrozinski, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Kenneth J. Yule et George G. Dolhai, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Eric H. Siebenmorgen, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Pierre Lapointe, Québec.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Centre de la défense des droits des handicapés, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant Kenneth Samuel Cromie: Burstein & Paine, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Kevin George  
Wainwright: Malcolm S. Jeffcock, Truro, Nova  
Scotia.*

*Procureur de l'intervenant Kevin George  
Wainwright: Malcolm S. Jeffcock, Truro (Nouvelle-  
Écosse).*

**Gordon Wayne Bese** *Appellant*

v.

**The Director, Forensic Psychiatric Institute,  
and the Attorney General of British  
Columbia** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Quebec, the Canadian Mental  
Health Association and Kevin George  
Wainwright** *Interveners*

INDEXED AS: BESE v. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC  
PSYCHIATRIC INSTITUTE)

File No.: 25855.

1998: June 15, 16; 1999: June 17.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and  
Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Funda-  
mental justice — Vagueness — Improper onus — Over-  
breadth — Criminal Code providing for verdict of not  
criminally responsible on account of mental disorder —  
Not criminally responsible accused can be absolutely  
discharged, conditionally discharged or detained —  
Whether provisions infringe principles of fundamental  
justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms,  
s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality  
rights — Mental disability — Criminal Code providing  
for verdict of not criminally responsible on account of  
mental disorder — Not criminally responsible accused  
can be absolutely discharged, conditionally discharged  
or detained — Whether provisions infringe right to  
equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms,  
s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

**Gordon Wayne Bese** *Appelant*

c.

**Le directeur du Forensic Psychiatric  
Institute et le procureur général de la  
Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec, l'Association  
canadienne pour la santé mentale et Kevin  
George Wainwright** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BESE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORENSIC  
PSYCHIATRIC INSTITUTE)

N° du greffe: 25855.

1998: 15, 16 juin; 1999: 17 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice  
fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée  
excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle  
pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code cri-  
minel — Un accusé non responsable criminellement  
peut être libéré inconditionnellement, libéré sous  
réserve de modalités ou placé en détention — Les dispo-  
sitions contreviennent-elles aux principes de justice fon-  
damentale? — Charte canadienne des droits et libertés,  
art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46,  
art. 672.54.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à  
l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-res-  
ponsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux  
prévu dans le Code criminel — Un accusé non respon-  
sable criminellement peut être libéré inconditionnelle-  
ment, libéré sous réserve de modalités ou placé en  
détention — Les dispositions portent-elles atteinte au  
droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et  
libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985),  
ch. C-46, art. 672.54.*

The appellant has a psychiatric history dating back to 1981, and has been admitted to psychiatric facilities on a number of occasions. In 1987 he set fire to his father's house. He was convicted of arson and given a suspended sentence. In 1993 the appellant went to the office of a radio station. After he was refused entry, he threatened to burn down the building and eventually entered the premises by breaking the glass door. He was charged with breaking and entering with intent to commit an indictable offence and was found not criminally responsible by reason of mental disorder ("NCR"). Pursuant to s. 672.54 of the *Criminal Code*, the court granted him a discharge with a number of conditions and restrictions. In the 18-month period following his initial disposition, the appellant's status was considered by the Review Board on four occasions, and on each occasion he was granted a conditional discharge. The appellant appealed one of the Board's decisions denying him an absolute discharge, which was upheld by the Court of Appeal. He subsequently challenged the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* dealing with the disposition of NCR accused before a different panel of the Court of Appeal. A majority of the panel found that the provisions did not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: For the reasons set out in *Winko*, s. 672.54 of the *Code* does not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*. It is valid legislation, carefully crafted to protect the liberty of the NCR accused to the maximum extent compatible with the person's current situation and the need to protect public safety. The majority of the Board may have proceeded on the basis that, if it was not satisfied that the appellant did not constitute a significant risk to public safety, it must continue to impose restrictive conditions. Such an interpretation would not be in accordance with the interpretation of s. 672.54 set out.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: For the reasons given in *Winko*, s. 672.54(a) of the *Code* violates neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter*. However, it clearly requires the court or the Review Board to find that the NCR accused is "not a significant threat to the safety of the public" before it directs that he or she be absolutely

L'appellant souffre de troubles mentaux depuis 1981 et a fait plusieurs séjours dans des établissements psychiatriques. En 1987, il a mis le feu à la maison de son père. Déclaré coupable d'incendie criminel, il a été condamné à une peine avec sursis. En 1993, l'appellant s'est présenté aux bureaux d'un poste de radio. S'étant vu refuser l'entrée, il a menacé de mettre le feu à l'édifice et s'est finalement introduit dans les lieux en brisant la porte vitrée. Il a été accusé d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel et a fait l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Conformément à l'art. 672.54 du *Code criminel*, le tribunal lui a accordé une libération assortie de conditions et de restrictions. Dans la période de 18 mois qui a suivi la décision initiale, le statut de l'appellant a été examiné à quatre reprises par la commission d'examen et, à chaque fois, il a obtenu une libération conditionnelle. L'appellant a interjeté appel d'une des décisions de la commission refusant de lui accorder une libération inconditionnelle, décision que la Cour d'appel a confirmée. Il a par la suite contesté la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* portant sur les décisions relatives aux accusés non responsables criminellement devant une formation différente de la Cour d'appel. Les juges majoritaires de la formation ont conclu que les dispositions ne violaient pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef* Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Pour les motifs exposés dans *Winko*, l'art. 672.54 du *Code* ne viole pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*. Il s'agit d'une disposition législative valide, rédigée avec soin pour protéger la liberté de l'accusé non responsable criminellement, de la manière la plus compatible avec la situation actuelle de cette personne et avec la nécessité de protéger la sécurité du public. Les membres majoritaires de la commission semblent avoir tenu pour acquis que, s'ils n'étaient pas convaincus que l'appellant ne constituait pas un risque important pour la sécurité du public, ils devaient continuer d'imposer des conditions restrictives. Pareille interprétation de l'art. 672.54 ne serait pas conforme à celle exposée en l'espèce.

*Les juges* L'Heureux-Dubé et Gonthier: Pour les motifs exposés dans *Winko*, l'al. 672.54a) du *Code* ne viole ni l'art. 7 ni l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, cet alinéa exige clairement que le tribunal ou la commission d'examen conclue que l'accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la

discharged. The Board and the Court of Appeal correctly interpreted the impugned provisions.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; **referred to:** *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733; *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

By Gonthier J.

**Referred to:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733; *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], Part XX.1, ss. 672.54, 672.72.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 84 B.C.A.C. 68, 137 W.A.C. 68, [1996] B.C.J. No. 2263 (QL), finding s. 672.54 of the *Criminal Code* to be constitutional. Appeal dismissed.

*Ann H. Pollak*, for the appellant.

*Harvey M. Groberman* and *Lisa J. Mrozinski*, for the respondents.

*Kenneth J. Yule* and *George G. Dolhai*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Eric H. Siebenmorgen* and *Riun Shandler*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Pierre Lapointe*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

sécurité du public» avant de pouvoir rendre une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci. La commission et la Cour d'appel ont correctement interprété les dispositions contestées.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; **arrêts mentionnés:** *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733; *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts mentionnés:** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733; *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], partie XX.1, art. 672.54, 672.72.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 84 B.C.A.C. 68, 137 W.A.C. 68, [1996] B.C.J. No. 2263 (QL), qui a conclu que l'art. 672.54 du *Code criminel* était constitutionnel. Pourvoi rejeté.

*Ann H. Pollak*, pour l'appelant.

*Harvey M. Groberman* et *Lisa J. Mrozinski*, pour les intimés.

*Kenneth J. Yule* et *George G. Dolhai*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Eric H. Siebenmorgen* et *Riun Shandler*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Pierre Lapointe*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Janet L. Budgell and Jennifer August, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

Malcolm S. Jeffcock, for the intervener Kevin George Wainwright.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. —

### I. Introduction

This appeal requires us to consider the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for people found not criminally responsible (“NCR”) for crimes by reason of mental disorder. The same issue is raised in the companion appeals of *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733, and *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744. I conclude that, read purposively, the provisions of the *Criminal Code*, specifically s. 672.54, are constitutional and would dismiss the appeal.

### II. Facts

At the time of the Review Board disposition under appeal, Mr. Bese was 33 years old, single, unemployed, and living at Willingdon House, a boarding house for forensic psychiatric patients in Burnaby, B.C. Mr. Bese has a psychiatric history dating back to 1981, and has been admitted to psychiatric facilities on a number of occasions. At different times, he has been diagnosed with drug-induced psychosis, schizoaffective disorder, and bipolar disorder. He also has a history of substance abuse, and occasional non-compliance with treatment.

On August 3, 1987, he set fire to his father’s house. At trial he testified that he had made sure no one was in the house at the time, and that he

Janet L. Budgell et Jennifer August, pour l’intervenante l’Association canadienne pour la santé mentale.

Malcolm S. Jeffcock, pour l’intervenant Kevin George Wainwright.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

### I. Introduction

Dans le cadre du présent pourvoi, nous devons examiner la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portant sur les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. La même question est soulevée dans les pourvois connexes *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733, et *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744. Je conclus que, interprétées en fonction de leur objet, les dispositions du *Code criminel*, particulièrement l’art. 672.54, sont constitutionnelles, et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

### II. Les faits

Lorsque la commission d’examen a rendu la décision contestée en l’espèce, M. Bese avait 33 ans, il était célibataire et sans emploi et il résidait à la maison Willingdon, un centre d’hébergement pour malades mentaux ayant eu des démêlés avec la justice, à Burnaby (C.-B.). Monsieur Bese souffre de troubles mentaux depuis 1981 et a fait plusieurs séjours dans des établissements psychiatriques. À différents moments, on a diagnostiqué chez lui des troubles psychotiques induits par la drogue, des troubles schizo-affectifs et des troubles affectifs bipolaires. Son dossier fait également état de toxicomanie et de non-observation occasionnelle de son traitement.

Le 3 août 1987, il a mis le feu à la maison de son père. Dans son témoignage au procès, il a dit s’être assuré qu’il n’y avait personne dans la

1

2

3

had set the fire in order to be arrested so that he could prove his delusions, specifically that he was the second coming of Christ. Mr. Bese was convicted of arson on January 12, 1989, and given a suspended sentence with three years' probation. One of the conditions of the probation order required him to regularly attend the Forensic Psychiatric Outpatient Clinic.

maison et avoir mis le feu afin d'être arrêté et d'être ainsi en mesure de prouver son délire, plus précisément, qu'il était la seconde incarnation du Christ. Déclaré coupable d'incendie criminel le 12 janvier 1989, M. Bese a été condamné à une peine avec sursis assortie de trois ans de probation. L'une des conditions de l'ordonnance de probation était qu'il se présente régulièrement à la Forensic Psychiatric Outpatient Clinic.

4 At 1:10 a.m. on December 28, 1993, Mr. Bese attended the office of CFOX Radio in Vancouver. After he was refused entry, he threatened to burn down the building and eventually entered the premises by breaking the glass door. When the police arrived, they heard Mr. Bese screaming and yelling. He claimed that he had seen Jim Morrison and John Lennon alive. He also commanded "Rock", his pet cockatoo, to attack and kill the police. At the time of the incident, Mr. Bese had recently changed medication and thought he was facing eviction from his residence. Mr. Bese was charged with breaking and entering with intent to commit an indictable offence. On February 21, 1994, he was found not criminally responsible by reason of mental disorder. Pursuant to s. 672.54 of the *Criminal Code*, the court granted Mr. Bese a discharge with a number of conditions and restrictions, including the condition that he was to be subject to the supervision of the Director of Adult Forensic Psychiatric Services and that he was to reside where ordered by the Director.

À 1 h 10 le 28 décembre 1993, M. Bese s'est présenté aux bureaux du poste de radio CFOX à Vancouver. S'étant vu refuser l'entrée, il a menacé de mettre le feu à l'édifice et s'est finalement introduit dans les lieux en brisant la porte vitrée. Arrivés sur place, les policiers ont entendu M. Bese crier et vociférer. Il prétendait avoir vu Jim Morrison et John Lennon vivants. Il a également ordonné à «Rock», son cacatoès, d'attaquer et de tuer les policiers. Au moment de l'incident, M. Bese venait de changer de médicaments et il pensait qu'il allait être expulsé de sa résidence. Il a été accusé d'introduction par effraction avec l'intention de commettre un acte criminel. Le 21 février 1994, il a fait l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Conformément à l'art. 672.54 du *Code criminel*, le tribunal lui a accordé une libération assortie de conditions et de restrictions, dont l'obligation de se soumettre à la surveillance du directeur des Adult Forensic Psychiatric Services et d'habiter là où il l'ordonnerait.

5 In the 18-month period following his initial disposition, Mr. Bese's status was considered by the Review Board on four occasions: May 16, 1994; June 17, 1994; February 10, 1995; and July 14, 1995. On each occasion, he was granted a conditional discharge. During this period, Mr. Bese was admitted to the Forensic Psychiatric Institute four times for further assessment and treatment. On three of the four occasions, he was returned to hospital because of suicidal gestures or statements, and on one occasion he threatened to destroy property. He was involved in altercations with another patient on two occasions. Prior to the final Review Board hearing, Mr. Bese was residing in the community at Willingdon House. It appeared that he

Dans la période de 18 mois qui a suivi la décision initiale, le statut de M. Bese a été examiné à quatre reprises par la commission d'examen: le 16 mai 1994, le 17 juin 1994, le 10 février 1995 et le 14 juillet 1995. À chaque fois, il a obtenu une libération conditionnelle. Pendant cette période, M. Bese a été admis à quatre reprises au Forensic Psychiatric Institute pour réévaluation et traitement. À trois de ces reprises, il a dû retourner à l'hôpital parce qu'il avait fait des gestes ou tenu des propos suicidaires, et une fois il a menacé de détruire des biens. Il a été impliqué deux fois dans des altercations avec un autre patient. Avant la dernière audience de la commission d'examen, M. Bese résidait dans la collectivité à la maison

was taking his medication and, although he was still experiencing delusions, his mental condition seemed to have stabilized.

### III. Judgments Below

The Review Board last considered Mr. Bese's status on July 14, 1995. The Board denied Mr. Bese an absolute discharge because it was "unable to come to the opinion that [he did] not pose a significant threat". Instead, the Board unanimously decided to discharge Mr. Bese on conditions. The conditions of discharge were directed toward: (a) monitoring Mr. Bese's mental condition, (b) preventing Mr. Bese from possessing alcohol, drugs or firearms, and (c) protecting the employees of CFOX. This disposition was almost identical to the previous disposition made by the Review Board on February 10, 1995.

Pursuant to the statutory right of appeal in s. 672.72, Mr. Bese appealed the February 10, 1995 decision of the Review Board to the B.C. Court of Appeal. On July 29, 1996, the British Columbia Court of Appeal upheld the Review Board's decision to order a conditional discharge: 79 B.C.A.C. 12.

Mr. Bese then turned to the Review Board's disposition of July 14, 1995. Along with Mr. Winko and Mr. Orłowski, appellants on two of the companion appeals, he challenged the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* dealing with the disposition of NCR accused before a different panel of the Court of Appeal. In a decision rendered on November 19, 1996 (84 B.C.A.C. 68), the majority found that the provisions did not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Williams J.A., dissenting, found that the legislation imposed a burden of proof on the applicant contrary to s. 7 of the *Charter* and could not be justified under s. 1. It is from this decision that this appeal is brought.

Willingdon. Il semble qu'il prenait ses médicaments et, malgré des épisodes récurrents de délire, son état mental paraissait s'être stabilisé.

### III. Les jugements des juridictions inférieures

La commission d'examen a examiné le statut de M. Bese pour la dernière fois le 14 juillet 1995. Elle a refusé de lui accorder une libération inconditionnelle, se disant [TRADUCTION] «incapable de conclure qu'[il] ne présent[ait] pas une menace importante». À l'unanimité, la commission a plutôt décidé de libérer M. Bese sous conditions. Les conditions de la libération visaient les objectifs suivants: a) surveiller l'état mental de M. Bese, b) l'empêcher de posséder de l'alcool, des drogues et des armes à feu et c) protéger les employés de CFOX. Cette décision était quasi identique à celle que la commission d'examen avait rendue précédemment le 10 février 1995.

Conformément au droit d'appel conféré par l'art. 672.72, M. Bese a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de la décision de la commission d'examen rendue le 10 février 1995. Le 29 juillet 1996, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision de la commission d'examen d'ordonner la libération conditionnelle: 79 B.C.A.C. 12.

Monsieur Bese s'est ensuite pourvu contre la décision de la commission d'examen rendue le 14 juillet 1995. À l'instar de MM. Winko et Orłowski, qui sont appelants dans deux des pourvois connexes, il a contesté la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, portant sur les décisions relatives aux accusés non responsables criminellement, devant une formation différente de la Cour d'appel. Dans une décision rendue le 19 novembre 1996 (84 B.C.A.C. 68), les juges majoritaires ont conclu que les dispositions ne violaient pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Williams, dissident, a conclu que les dispositions faisaient reposer le fardeau de la preuve sur le demandeur, ce qui était contraire à l'art. 7 de la *Charte* et n'était pas justifié au sens de l'article premier. Le présent pourvoi découle de cette décision.

6

7

8

9 In this Court, Mr. Bese and his co-appellants on the companion appeals submit that s. 672.54 violates their liberty rights guaranteed by s. 7 and their equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*, and that neither infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. They seek a declaration that the *Criminal Code* provisions are of no force and effect and an order that they be granted absolute discharges.

#### IV. Issues

10 The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on September 16, 1997:

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder, including people with a mental disability, who have been found not criminally responsible on account of mental disorder?
2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?
3. If so, can these infringements be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### V. Analysis

11 This Court's reasons in the companion appeal of *Winko*, *supra*, set out in full the analysis of the constitutionality of the *Criminal Code* provisions for people found not criminally responsible by reason of mental disorder. In that case, I conclude that, read purposively, the *Criminal Code* mental disorder provisions, specifically s. 672.54, do not

Devant notre Cour, M. Bese et ceux qui, dans le cadre des pourvois connexes, ont également interjeté appel, prétendent que l'art. 672.54 viole leurs droits à la liberté garantis par l'art. 7 ainsi que leurs droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*, et que ces violations ne sont pas justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Ils demandent un jugement déclarant que les dispositions concernées du *Code criminel* sont inopérantes, ainsi qu'une ordonnance de libération inconditionnelle.

#### IV. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 16 septembre 1997:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux — y compris celles atteintes de déficiences mentales — qui, pour cette cause, font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle?
2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?
3. Si oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### V. Analyse

Les motifs de notre Cour dans le pourvoi connexe *Winko*, précité, analysent de façon exhaustive la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* portant sur les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Dans ce pourvoi, je conclus que, interprétées en fonction de leur objet, les dispositions du *Code criminel* relatives aux troubles mentaux, particulièrement l'art. 672.54, ne violent pas

violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter* and are therefore constitutional.

## VI. Conclusion

For the reasons set out in the companion appeal of *Winko*, I conclude that s. 672.54 does not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*. It is valid legislation, carefully crafted to protect the liberty of the NCR accused to the maximum extent compatible with the person's current situation and the need to protect public safety.

Mr. Bese did not appeal the July 29, 1996 decision of the British Columbia Court of Appeal upholding the conditional discharge ordered by the Review Board on February 10, 1995. Before this Court, Mr. Bese based his argument and claim for relief entirely on the alleged unconstitutionality of s. 672.54. It is therefore unnecessary to consider whether the Court of Appeal erred in refusing to overturn the decision of the Review Board. However, I would observe that it appears that the majority of the Board on its February 10, 1995 hearing may have proceeded on the basis that, if it was not satisfied that the appellant Mr. Bese did not constitute a significant risk to public safety, it must continue to impose restrictive conditions. Such an interpretation would not be in accordance with the interpretation of s. 672.54 set out in these reasons.

Finally, after the hearing of this appeal, Mr. Bese was absolutely discharged by the Review Board. His counsel has requested that his appeal be nonetheless maintained, relying on this Court's discretion to do so outlined in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. In the circumstances of this case, I consider it to be appropriate for this Court to exercise its discretion to address Mr. Bese's appeal on its merits.

l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*, et qu'elles sont donc constitutionnelles.

## VII. Conclusion

Pour les motifs exposés dans le pourvoi connexe *Winko*, je conclus que l'art. 672.54 ne viole pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*. Il s'agit d'une disposition législative valide, rédigée avec soin pour protéger la liberté de l'accusé non responsable criminellement, de la manière la plus compatible avec la situation actuelle de cette personne et avec la nécessité de protéger la sécurité du public.

Monsieur Bese n'a pas interjeté appel de la décision rendue le 29 juillet 1996 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui confirme la décision portant libération conditionnelle prononcée par la commission d'examen le 10 février 1995. Devant notre Cour, il a fondé l'ensemble de son argumentation et de sa demande de redressement sur l'inconstitutionnalité alléguée de l'art. 672.54. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'infirmar la décision de la commission d'examen. J'aimerais souligner cependant que, lors de l'audition du 10 février 1995, les membres majoritaires de la commission semblent avoir tenu pour acquis que, s'ils n'étaient pas convaincus que l'appelant, M. Bese, ne constituait pas un risque important pour la sécurité du public, ils devaient continuer d'imposer des conditions restrictives. Pareille interprétation de l'art. 672.54 ne serait pas conforme à celle exposée dans les présents motifs.

Enfin, après l'audition du présent pourvoi, la commission d'examen a accordé une libération inconditionnelle à M. Bese. Son avocat a demandé que le pourvoi soit quand même maintenu en se fondant sur le pouvoir discrétionnaire de notre Cour tel qu'il est exposé dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. Dans les circonstances de l'espèce, j'estime que notre Cour peut à bon droit exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre le pourvoi de M. Bese quant au fond.

12

13

14

15

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

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder, including people with a mental disability, who have been found not criminally responsible on account of mental disorder?

No.

2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

3. If so, can these infringements be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answers to the preceding questions make it unnecessary to answer this question.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. —

### I. Introduction

16

This appeal requires us to consider whether Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringes s. 7 or s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether it can be upheld under s. 1. The same issue arises in the companion appeals of *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733, and *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux — y compris celles atteintes de déficiences mentales — qui, pour cette cause, font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle?

Non.

2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?

Non.

3. Si oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu les réponses données aux questions précédentes, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER —

### I. Introduction

Dans le cadre du présent pourvoi, nous sommes appelés à déterminer si la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contrevient à l'art. 7 ou à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, si elle peut se justifier au sens de l'article premier. La même question est soulevée dans les pourvois connexes *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733, et *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744.

I have read the reasons of McLachlin J. I adopt her statement of the facts as well as her summary of the judgments below. I agree with her (at para. 14) that this Court should exercise its discretion to decide the appeal notwithstanding the fact that Mr. Bese has been absolutely discharged.

As I explained in my reasons in *Winko*, I substantially agree with the analysis of my colleague as well as with her conclusion that the impugned provisions of the *Criminal Code* violate neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter*, and consequently, that the appeal should be dismissed.

However, I reach that conclusion by adopting a different interpretation of the impugned legislation. In my view, s. 672.54(a) of the *Criminal Code* clearly requires the court or the Review Board to find that the not criminally responsible accused is “not a significant threat to the safety of the public” (emphasis added) before it directs that he or she be absolutely discharged. For the reasons given in *Winko*, s. 672.54(a) violates neither s. 7 nor s. 15.

In the case at bar, after reviewing the evidence, the Board was unable to reach the conclusion that the appellant would not be a significant threat to public safety. The Court of Appeal could not find that the Board’s decision was wrong in law, unreasonable, or not supported by the facts. Unlike McLachlin J. (at para. 13), I find that the Board and the Court of Appeal correctly interpreted the impugned provisions.

For these reasons, I would dismiss the appeal and adopt McLachlin J.’s answers to the constitutional questions.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

J’ai pris connaissance des motifs du juge McLachlin. J’adopte son exposé des faits ainsi que son résumé des jugements des instances inférieures. Je conviens avec elle (au par. 14) que notre Cour devrait utiliser son pouvoir discrétionnaire pour trancher le pourvoi même si M. Bese a fait l’objet d’une libération inconditionnelle.

Comme je l’ai expliqué dans les motifs que j’ai rédigés dans *Winko*, je fais miennes pour l’essentiel l’analyse de ma collègue de même que sa conclusion que les dispositions contestées du *Code criminel* ne violent ni l’art. 7 ni l’art. 15 de la *Charte* et, par conséquent, que le pourvoi doit être rejeté.

J’arrive toutefois à cette conclusion en recourant à une interprétation différente des dispositions en cause. À mon avis, l’al. 672.54a) du *Code criminel* exige clairement que le tribunal ou la commission d’examen conclue que l’accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public» (je souligne) avant de pouvoir rendre une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci. Pour les motifs exposés dans *Winko*, l’al. 672.54a) ne viole ni l’art. 7 ni l’art. 15.

En l’espèce, après avoir examiné la preuve, la commission a été incapable d’arriver à la conclusion que l’appellant ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public. La Cour d’appel n’a pu conclure que la décision de la commission était erronée en droit, déraisonnable ou non appuyée par les faits. Contrairement au juge McLachlin (au par. 13), je conclus que la commission et la Cour d’appel ont correctement interprété les dispositions contestées.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles comme le propose le juge McLachlin.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l’appellant: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

17

18

19

20

21

*Solicitor for the respondent the Director, Forensic Psychiatric Institute: Mary P. Acheson, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of British Columbia: Harvey M. Groberman and Lisa J. Mrozinski, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Kenneth J. Yule and George G. Dolhai, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Eric H. Siebenmorgen, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Pierre Lapointe, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*

*Solicitor for the intervener Kevin George Wainwright: Malcolm S. Jeffcock, Truro, Nova Scotia.*

*Procureur de l'intimé le directeur du Forensic Psychiatric Institute: Mary P. Acheson, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Harvey M. Groberman et Lisa J. Mrozinski, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Kenneth J. Yule et George G. Dolhai, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Eric H. Siebenmorgen, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Pierre Lapointe, Québec.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Centre de la défense des droits des handicapés, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant Kevin George Wainwright: Malcolm S. Jeffcock, Truro (Nouvelle-Écosse).*

**Travis Orlowski** *Appellant*

v.

**The Director, Forensic Psychiatric Institute,  
and the Attorney General of British  
Columbia** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario, the Attorney  
General of Quebec and the Canadian  
Mental Health Association** *Interveners*

**INDEXED AS: ORLOWSKI v. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC  
PSYCHIATRIC INSTITUTE)**

File No.: 25751.

1998: June 15, 16; 1999: June 17.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and  
Binnie JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

**Travis Orlowski** *Appellant*

c.

**Le directeur du Forensic Psychiatric  
Institute et le procureur général de la  
Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario, le  
procureur général du Québec et  
l'Association canadienne pour la santé  
mentale** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: ORLOWSKI c. COLOMBIE-BRITANNIQUE  
(FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE)**

N° du greffe: 25751.

1998: 15, 16 juin; 1999: 17 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.*

The appellant suffers from a paranoid schizophrenic disorder and delusions of persecution. A police officer observed him talking to himself and discharging a rifle repeatedly into a house and into the ground. He was found to be carrying two lighters rigged with fuses and wicks and was charged with a number of offences. He was found not guilty by reason of insanity and automatically detained at the pleasure of the Lieutenant Governor pursuant to the *Criminal Code* provisions in effect at the time. In 1991, Parliament enacted Part XX.1 of the *Criminal Code*, and the appellant became entitled to a periodic review of his status by the Review Board. Following each of his seven disposition hearings pursuant to s. 672.54 of the *Code*, the Review Board denied him an absolute discharge but ordered that he be discharged on conditions. In 1993, while he was conditionally discharged from the Forensic Psychiatric Institute, the appellant was charged with sexual assault, and, in 1995, pleaded guilty and was sentenced to one day in prison. The sentencing judge concluded that he should then remain under the continuing auspices of the Institute. The Review Board again discharged the appellant on conditions and the Court of Appeal dismissed his appeal of one of those conditions. The appellant subsequently challenged the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* dealing with the disposition of not criminally responsible ("NCR") accused before a different panel of the Court of Appeal. A majority of the panel found that the provisions did not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: For the reasons set out in *Winko*, s. 672.54 of the *Code* does not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*. It is valid legislation, carefully crafted to protect the liberty of the NCR accused to the maximum extent compatible with the person's current situation and the need to protect public safety. The majority of the Board may have proceeded on the basis that, if it was not satisfied that the appellant did not constitute a significant risk to public safety, it must continue to impose restrictive conditions. Such an interpretation would not be in accordance with the interpretation of s. 672.54 set out.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: For the reasons given in *Winko*, s. 672.54(a) of the *Code* violates

L'appelant souffre de schizophrénie paranoïde et se croit persécuté. Un policier l'a aperçu se parlant à lui-même et faisant feu à répétition en direction d'une maison et du sol avec une carabine. Il a été trouvé en possession de deux briquets entourés de charges explosives et de mèches, et il a été accusé de plusieurs infractions. Il a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale et a automatiquement été placé en détention selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur en vertu des dispositions du *Code criminel* en vigueur à l'époque. En 1991, le législateur a édicté la partie XX.1 du *Code criminel*, de sorte que l'appelant a acquis le droit de voir son statut révisé à intervalles réguliers par la commission d'examen. Après chacune des sept auditions tenues en conformité avec l'art. 672.54 du *Code*, la commission d'examen lui a refusé la libération inconditionnelle mais a ordonné sa libération sous réserve de modalités. En 1993, au cours de sa libération conditionnelle du Forensic Psychiatric Institute, l'appelant a été accusé d'agression sexuelle et, en 1995, il a plaidé coupable et a été condamné à un jour de prison. Le juge qui a prononcé la peine a conclu qu'il devrait demeurer ensuite sous la garde continue de l'institut. La commission d'examen a assorti de nouveau la libération de l'appelant de conditions et la Cour d'appel a rejeté l'appel à l'égard de l'une de ces conditions. L'appelant a par la suite contesté la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* portant sur les décisions relatives aux accusés non responsables criminellement devant une formation différente de la Cour d'appel. Les juges majoritaires de la formation ont conclu que les dispositions ne violaient pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Pour les motifs exposés dans *Winko*, l'art. 672.54 du *Code* ne viole pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*. Il s'agit d'une disposition législative valide, rédigée avec soin pour protéger la liberté de l'accusé non responsable criminellement, de la manière la plus compatible avec la situation actuelle de cette personne et avec la nécessité de protéger la sécurité du public. Il se peut que les membres majoritaires de la commission aient tenu pour acquis que, s'ils n'étaient pas convaincus que l'appelant ne constituait pas un risque important pour la sécurité du public, ils devaient continuer d'imposer des conditions restrictives. Pareille interprétation de l'art. 672.54 ne serait pas conforme à celle exposée en l'espèce.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Pour les motifs exposés dans *Winko*, l'al. 672.54(a) du *Code* ne

neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter*. However, it clearly requires the court or the Review Board to find that the NCR accused is "not a significant threat to the safety of the public" before it directs that he or she be absolutely discharged. If the Board proceeded on the basis that it was to grant an absolute discharge if it was satisfied that the appellant did not pose a significant threat to public safety, it correctly interpreted the impugned legislation.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; **referred to:** *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722; *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *Orlowski v. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 1626 (QL).

By Gonthier J.

**Referred to:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722; *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], Part XX.1, ss. 672.54, 672.72.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 84 B.C.A.C. 67, 137 W.A.C. 67, [1996] B.C.J. No. 2264 (QL), finding s. 672.54 of the *Criminal Code* to be constitutional. Appeal dismissed.

*Rod Holloway and Lisa Sturgess*, for the appellant.

*Harvey M. Groberman and Lisa J. Mrozinski*, for the respondents.

*Kenneth J. Yule and George G. Dolhai*, for the intervener the Attorney General of Canada.

viole ni l'art. 7 ni l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, cet alinéa exige clairement que le tribunal ou la commission d'examen conclue que l'accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public» avant de pouvoir rendre une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci. Si la commission a agi sur le fondement qu'elle devait accorder une libération inconditionnelle si elle était convaincue que l'appelant ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public, elle a correctement interprété les dispositions contestées.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; **arrêts mentionnés:** *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722; *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138; *Orlowski c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 1626 (QL).

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts mentionnés:** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722; *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], partie XX.1, art. 672.54, 672.72.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 84 B.C.A.C. 67, 137 W.A.C. 67, [1996] B.C.J. No. 2264 (QL), qui a conclu que l'art. 672.54 du *Code criminel* était constitutionnel. Pourvoi rejeté.

*Rod Holloway et Lisa Sturgess*, pour l'appelant.

*Harvey M. Groberman et Lisa J. Mrozinski*, pour les intimés.

*Kenneth J. Yule et George G. Dolhai*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Eric H. Siebenmorgen and Riun Shandler*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Pierre Lapointe*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Janet L. Budgell and Jennifer August*, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MCLACHLIN J. —

## I. Introduction

<sup>1</sup> This appeal requires us to consider the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for people found not criminally responsible (“NCR”) for crimes by reason of mental disorder. The same issue is raised in the companion appeals of *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722, and *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744. I conclude that, read purposively, the provisions of the *Criminal Code*, specifically s. 672.54, are constitutional and would dismiss the appeal.

## II. Facts

<sup>2</sup> Mr. Orlowski suffers from a paranoid schizophrenic disorder and delusions of persecution. He became subject to the *Criminal Code*'s mental disorder provisions as a result of an incident on October 8, 1989, in Hedley, B.C. On that day, an RCMP officer observed Mr. Orlowski talking to himself and discharging a rifle repeatedly into a house and into the ground. When the officer told Mr. Orlowski to drop the weapon, Mr. Orlowski surrendered immediately. Throughout the incident, Mr. Orlowski appeared to be very frightened. He was foaming at the mouth, his eyes were rolled back in his head, and he was shouting statements such as “they’re after me”, “I called the Pentagon”, “I talked to the U.S. Army”, and “they’ll blow us

*Eric H. Siebenmorgen et Riun Shandler*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Pierre Lapointe*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Janet L. Budgell et Jennifer August*, pour l’intervenante l’Association canadienne pour la santé mentale.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

## I. Introduction

Dans le cadre du présent pourvoi, nous devons examiner la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portant sur les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. La même question est soulevée dans les pourvois connexes *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722, et *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744. Je conclus que, interprétées en fonction de leur objet, les dispositions du *Code criminel*, particulièrement l’art. 672.54, sont constitutionnelles, et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Les faits

Monsieur Orlowski souffre de schizophrénie paranoïde et se croit persécuté. Il s’est retrouvé soumis à l’application des dispositions du *Code criminel* portant sur les troubles mentaux par suite d’un incident survenu le 8 octobre 1989 à Hedley (C.-B.). À cette date, un agent de la GRC a aperçu M. Orlowski se parlant à lui-même et faisant feu à répétition en direction d’une maison et du sol avec une carabine. Lorsque l’agent lui a dit de laisser tomber son arme, M. Orlowski s’est rendu sur-le-champ. Tout le long de l’incident, M. Orlowski paraissait très effrayé. Il avait de l’écume à la bouche, ses yeux étaient inversés et il criait des choses comme [TRADUCTION] «ils me poursuivent», «j’ai appelé le Pentagon», «j’ai parlé à l’armée

up". Upon searching Mr. Orlowski, the officer found two Bic lighters rigged with fuses and wicks. Mr. Orlowski was charged with possession of an explosive substance, pointing a firearm, possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, uttering a threat, and mischief. On March 22, 1990, he was found not guilty by reason of insanity and automatically detained at the pleasure of the Lieutenant Governor of British Columbia pursuant to the *Criminal Code* provisions in effect at the time. After being detained in safe custody at the Forensic Psychiatric Institute for a number of months, Mr. Orlowski was ordered conditionally discharged by the Lieutenant Governor on April 17, 1991.

In 1991, Parliament enacted Part XX.1 of the *Criminal Code*, and Mr. Orlowski became entitled to a periodic review of his status by the Review Board. Since the enactment of Part XX.1, Mr. Orlowski has had seven disposition hearings pursuant to s. 672.54 of the *Criminal Code*. Each time, the Review Board has denied him an absolute discharge but has ordered that he be discharged on conditions. Mr. Orlowski successfully appealed the March 2, 1992 disposition of the Review Board to the British Columbia Court of Appeal on a question of law: *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 ("*Orlowski No. 1*"). However, on March 31, 1993, Mr. Orlowski was again discharged on conditions.

Mr. Orlowski next ran afoul of the law as a result of an incident with a 14-year-old girl on July 25, 1993, while he was conditionally discharged from the Forensic Psychiatric Institute. He was charged with sexual assault and returned to the Institute where, after a hearing, the Review Board ordered that he again be discharged on conditions. Mr. Orlowski unsuccessfully appealed this disposition to the British Columbia Court of Appeal: *Orlowski v. British Columbia (Attorney General)*,

américaine» et «ils vont nous faire sauter». En le fouillant, l'agent a trouvé deux briquets Bic entourés de charges explosives et de mèches. Monsieur Orlowski a été accusé de possession d'une substance explosive, de braquement d'une arme à feu, de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, de menaces et de méfait. Le 22 mars 1990, il a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale, et il a automatiquement été placé en détention selon le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la Colombie-Britannique en vertu des dispositions du *Code criminel* en vigueur à l'époque. Après avoir été placé sous bonne garde au Forensic Psychiatric Institute pendant plusieurs mois, il a fait l'objet d'une ordonnance de libération conditionnelle qui a été rendue par le lieutenant-gouverneur le 17 avril 1991.

En 1991, le législateur a édicté la partie XX.1 du *Code criminel*, de sorte que M. Orlowski a acquis le droit de voir son statut révisé à intervalles réguliers par la commission d'examen. Depuis l'entrée en vigueur de la partie XX.1, M. Orlowski a bénéficié de sept auditions, en conformité avec l'art. 672.54 du *Code criminel*. À chaque fois, la commission d'examen lui a refusé la libération inconditionnelle mais a ordonné sa libération sous réserve de modalités. Se fondant sur une question de droit, M. Orlowski a interjeté appel auprès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de la décision rendue le 2 mars 1992 par la commission d'examen, et il a obtenu gain de cause: *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 138 ("*Orlowski n° 1*"). Toutefois, le 31 mars 1993, il a de nouveau été libéré conditionnellement.

Après sa libération conditionnelle du Forensic Psychiatric Institute, M. Orlowski a eu de nouveaux démêlés avec la justice à la suite d'un incident concernant une adolescente de 14 ans, survenu le 25 juillet 1993. Il a été accusé d'agression sexuelle et est retourné à l'institut où, après une audition, la commission d'examen a ordonné qu'il soit de nouveau libéré sous réserve de certaines conditions. Il a interjeté appel sans succès de cette décision devant la Cour d'appel de la Colombie-

[1994] B.C.J. No. 1626 (QL). Mr. Orłowski pleaded guilty to the charge of sexual assault and was sentenced to one day in prison on March 14, 1995. The sentencing judge concluded that it would be “in the best interests of society and the accused, that he should be sentenced to a day in custody and then remain under the continuing auspices of the Forensic Psychiatric Institute”. On July 26, 1995, Mr. Orłowski began residing in his brother’s home and on November 1, 1995, he was discharged to the care of the Adult Forensic Outpatient Clinic.

### III. Judgments Below

5 The Review Board hearing that led to this appeal commenced on July 6, 1995. After hearing evidence from Mr. Orłowski’s treatment team, the Board adjourned the meeting to obtain more information. The Board requested psychological testing, an assessment to review the possibility of a directed placement, a risk assessment, and the transcript from the sentencing proceedings in respect of the sexual assault charge. The proceedings concluded on September 8, 1995, after two further days of hearings.

6 The Review Board delivered its decision on September 25, 1995. Applying the decision of the Court of Appeal in *Orłowski No. 1*, the Board denied Mr. Orłowski an absolute discharge because “though the accused does not appear to be an active and ongoing risk to himself or other members of the public as at the time of the hearing, under certain circumstances he could be such a risk and, indeed, could be a significant risk”. Instead, the Board again discharged Mr. Orłowski on conditions stating that “[Mr. Orłowski] clearly needs the opportunity to prove himself”. The Board’s discharge order included a general condition that Mr. Orłowski continue to be subject to the general direction and supervision of the Director, Adult Forensic Psychiatric Services, a condition requiring him to report to the Director at least once every two weeks, various conditions concerning

Britannique: *Orłowski c. British Columbia (Attorney General)*, [1994] B.C.J. No. 1626 (QL). Il a plaidé coupable à l’accusation d’agression sexuelle et a été condamné à un jour de prison le 14 mars 1995. Le juge qui a prononcé la peine a conclu qu’il serait [TRADUCTION] «dans l’intérêt supérieur de la société et de l’accusé que ce dernier soit condamné à un jour de prison et qu’il demeure ensuite sous la garde continue du Forensic Psychiatric Institute». Le 26 juillet 1995, M. Orłowski a commencé à habiter chez son frère et, le 1<sup>er</sup> novembre 1995, il a été remis aux soins de l’Adult Forensic Outpatient Clinic.

### III. Les jugements des juridictions inférieures

L’audition de la commission d’examen qui a mené au présent pourvoi a commencé le 6 juillet 1995. Après avoir entendu les témoignages des membres de l’équipe médicale en charge de M. Orłowski, la commission a suspendu ses délibérations afin de recueillir des renseignements additionnels. La commission a demandé un examen psychologique, une évaluation visant à examiner la possibilité d’une ordonnance d’hébergement, une évaluation des risques ainsi que la transcription de l’audition sur la détermination de la peine à l’égard de l’accusation d’agression sexuelle. La procédure a pris fin le 8 septembre 1995, après deux journées d’audition supplémentaires.

La commission d’examen a rendu sa décision le 25 septembre 1995. Se fondant sur la décision de la Cour d’appel dans *Orłowski n<sup>o</sup> 1*, la commission a refusé d’accorder à M. Orłowski une libération inconditionnelle parce que [TRADUCTION] «bien que l’accusé ne semble pas, au moment de l’audition, constituer un risque immédiat et constant pour lui-même et pour le public en général, il pourrait, dans certaines circonstances, constituer un tel risque, et même, un risque important». La commission a plutôt préféré assortir de nouveau la libération de M. Orłowski de conditions, affirmant que [TRADUCTION] «[Monsieur Orłowski] a clairement besoin de l’occasion de faire ses preuves». L’ordonnance de libération de la commission comportait la condition générale que M. Orłowski continue d’être soumis au contrôle et à la surveillance du directeur des Adult Forensic Psychiatric

his place of residence, and conditions prohibiting him from using alcohol, drugs or firearms.

Pursuant to the statutory right of appeal in s. 672.72, Mr. Orlowski appealed four of the conditions imposed by the Review Board in the September 25, 1995 disposition. He did not seek an absolute discharge. During the course of the appeal, three of the conditions were modified with the consent of the parties. The British Columbia Court of Appeal rejected Mr. Orlowski's challenge to the fourth condition and dismissed the appeal on July 29, 1996: 79 B.C.A.C. 16.

Mr. Orlowski, along with Mr. Winko and Mr. Bese, appellants on two of the companion appeals, subsequently challenged the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code* dealing with the disposition of NCR accused before a different panel of the Court of Appeal. In a decision rendered on November 19, 1996 (84 B.C.A.C. 68), the majority found that the provisions of Part XX.1 did not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Williams J.A., dissenting, found that the legislation imposed a burden of proof on the applicant contrary to s. 7 of the *Charter* and could not be justified under s. 1. It is from this decision that this appeal is brought.

In this Court, Mr. Orlowski and his co-appellants on the companion appeals submit that s. 672.54 violates their liberty rights guaranteed by s. 7 and their equality rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*, and that neither infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. They seek a declaration that the *Criminal Code* provisions are of no force and effect and an order that they be granted absolute discharges.

Services, ce qui l'obligeait à se présenter auprès du directeur au moins une fois par deux semaines, à respecter diverses conditions à l'égard du lieu de son domicile et à se soumettre à des conditions lui interdisant de consommer de l'alcool et des drogues et de posséder des armes à feu.

Conformément au droit d'appel conféré par l'art. 672.72, M. Orlowski a interjeté appel contre quatre des conditions imposées par la commission d'examen dans sa décision du 25 septembre 1995. Il n'a pas cherché à obtenir une libération inconditionnelle. Au cours de l'instance en appel, trois conditions ont été modifiées de consentement entre les parties. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté la contestation de M. Orlowski à l'égard de la quatrième condition et a rejeté l'appel le 29 juillet 1996: 79 B.C.A.C. 16.

À l'instar de MM. Winko et Bese, qui sont appelants dans deux des pourvois connexes, M. Orlowski a par la suite contesté la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, portant sur les décisions relatives aux accusés non responsables criminellement, devant une formation différente de la Cour d'appel. Dans une décision rendue le 19 novembre 1996 (84 B.C.A.C. 68), les juges majoritaires ont conclu que les dispositions de la partie XX.1 ne violaient pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge Williams, dissident, a conclu que les dispositions faisaient reposer le fardeau de la preuve sur le demandeur, ce qui était contraire à l'art. 7 de la *Charte* et n'était pas justifié au sens de l'article premier. Le présent pourvoi découle de cette décision.

Devant notre Cour, M. Orlowski et ceux qui, dans le cadre des pourvois connexes, ont également interjeté appel, prétendent que l'art. 672.54 viole leurs droits à la liberté garantis par l'art. 7 ainsi que leurs droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*, et que ces violations ne sont pas justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Ils demandent un jugement déclarant que les dispositions concernées du *Code criminel* sont inopérantes, ainsi qu'une ordonnance de libération inconditionnelle.

7

8

9

#### IV. Issues

10 The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on October 16, 1997:

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder, including people with a mental disability, who have been found not criminally responsible on account of mental disorder?
2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?
3. If so, can these infringements be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### V. Analysis

11 This Court's reasons in the companion appeal of *Winko, supra*, set out in full the analysis of the constitutionality of the *Criminal Code* provisions for people found not criminally responsible by reason of mental disorder. In that case, I conclude that, read purposively, the *Criminal Code* mental disorder provisions, specifically s. 672.54, do not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter* and are therefore constitutional.

#### VII. Conclusion

12 For the reasons set out in the companion appeal of *Winko*, I conclude that s. 672.54 does not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*. It is valid legislation, carefully crafted to protect the liberty of the NCR accused to the maximum extent compatible with the person's current situation and the need to protect public safety.

#### IV. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 16 octobre 1997:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux — y compris celles atteintes de déficiences mentales — qui, pour cette cause, font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle?
2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?
3. Si oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### V. Analyse

Les motifs de notre Cour dans le pourvoi connexe *Winko*, précité, analysent de façon exhaustive la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* portant sur les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Dans ce pourvoi, je conclus que, interprétées en fonction de leur objet, les dispositions du *Code criminel* relatives aux troubles mentaux, particulièrement l'art. 672.54, ne violent pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*, et qu'elles sont donc constitutionnelles.

#### VII. Conclusion

Pour les motifs exposés dans le pourvoi connexe *Winko*, je conclus que l'art. 672.54 ne viole pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*. Il s'agit d'une disposition législative valide, rédigée avec soin pour protéger la liberté de l'accusé non responsable criminellement, de la manière la plus compatible avec la situation actuelle de cette personne et avec la nécessité de protéger la sécurité du public.

Mr. Orlowski did not appeal the July 29, 1996 decision of the British Columbia Court of Appeal upholding the conditional discharge ordered by the Review Board on September 25, 1995. Before this Court, Mr. Orlowski based his argument and claim for relief entirely on the alleged unconstitutionality of s. 672.54. It is therefore unnecessary to consider whether the Court of Appeal erred in refusing to overturn or amend the decision of the Review Board to release Mr. Orlowski on conditions. However, I would observe that it appears that the majority of the Board in its September 25, 1995 decision may have proceeded on the basis that, if it was not satisfied that the appellant Mr. Orlowski did not constitute a significant risk to public safety, it must continue to impose restrictive conditions. Such an interpretation would not be in accordance with the interpretation of s. 672.54 set out in these reasons.

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

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder, including people with a mental disability, who have been found not criminally responsible on account of mental disorder?

No.

2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

3. If so, can these infringements be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Monsieur Orlowski n'a pas interjeté appel de la décision rendue le 29 juillet 1996 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui confirme la décision portant libération conditionnelle prononcée par la commission d'examen le 25 septembre 1995. Devant notre Cour, il a fondé l'ensemble de son argumentation et de sa demande de redressement sur l'inconstitutionnalité alléguée de l'art. 672.54. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en refusant d'infirmer ou de modifier la décision de la commission d'examen portant libération conditionnelle de M. Orlowski. J'aimerais souligner cependant que, dans leur décision du 25 septembre 1995, les membres majoritaires de la commission semblent avoir tenu pour acquis que, s'ils n'étaient pas convaincus que l'appellant, M. Orlowski, ne constituait pas un risque important pour la sécurité du public, ils devaient continuer d'imposer des conditions restrictives. Pareille interprétation de l'art. 672.54 ne serait pas conforme à celle exposée dans les présents motifs.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux — y compris celles atteintes de déficiences mentales — qui, pour cette cause, font l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle?

Non.

2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l'objet d'un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?

Non.

3. Si oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

The answers to the preceding questions make it unnecessary to answer this question.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. —

### I. Introduction

15 This appeal requires us to consider whether Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringes s. 7 or s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether it can be upheld under s. 1. The same issue arises in the companion appeals of *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722, and *R. v. LePage*, [1999] 2 S.C.R. 744.

16 I have read the reasons of McLachlin J. I adopt her statement of the facts as well as her summary of the judgments below. As I explained in my reasons in *Winko*, I substantially agree with her analysis as well as with her conclusion that the impugned provisions of the *Criminal Code* violate neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter*, and consequently, that the appeal should be dismissed.

17 However, I reach that conclusion by adopting a different interpretation of the impugned legislation. In my view, s. 672.54(a) of the *Criminal Code* clearly requires the court or the Review Board to find that the not criminally responsible accused is “not a significant threat to the safety of the public” (emphasis added) before it directs that he or she be absolutely discharged. For the reasons given in *Winko*, s. 672.54(a) violates neither s. 7 nor s. 15.

18 In the case at bar, unlike McLachlin J. (at para. 13), I find that if the Board proceeded on the basis that it was to grant an absolute discharge if it

Vu les réponses données aux questions précédentes, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER —

### I. Introduction

Dans le cadre du présent pourvoi, nous sommes appelés à déterminer si la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contrevient à l'art. 7 ou à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, si elle peut se justifier au sens de l'article premier. La même question est soulevée dans les pourvois connexes *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722, et *R. c. LePage*, [1999] 2 R.C.S. 744.

J'ai pris connaissance des motifs du juge McLachlin. J'adopte son exposé des faits ainsi que son résumé des jugements des instances inférieures. Comme je l'ai expliqué dans les motifs que j'ai rédigés dans *Winko*, je fais miennes pour l'essentiel son analyse de même que sa conclusion que les dispositions contestées du *Code criminel* ne violent ni l'art. 7 ni l'art. 15 de la *Charte* et, par conséquent, que le pourvoi doit être rejeté.

J'arrive toutefois à cette conclusion en recourant à une interprétation différente des dispositions en cause. À mon avis, l'al. 672.54a) du *Code criminel* exige clairement que le tribunal ou la commission d'examen conclue que l'accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public» (je souligne) avant de pouvoir rendre une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci. Pour les motifs exposés dans *Winko*, l'al. 672.54a) ne viole ni l'art. 7 ni l'art. 15.

En l'espèce, contrairement au juge McLachlin (au par. 13), je conclus que si la commission a agi sur le fondement qu'elle devait accorder une libé-

was satisfied that Mr. Orłowski did not pose a significant threat to public safety, it correctly interpreted the impugned legislation.

For these reasons, I would dismiss the appeal and adopt McLachlin J.'s answers to the constitutional questions.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Rod Holloway, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Director, Forensic Psychiatric Institute: Mary P. Acheson, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Attorney General of British Columbia: Harvey M. Groberman and Lisa J. Mrozinski, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Kenneth J. Yule and George G. Dolhai, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Eric H. Siebenmorgen, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Pierre Lapointe, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*

ration inconditionnelle si elle était convaincue que M. Orłowski ne représentait pas un risque important pour la sécurité du public, elle a correctement interprété les dispositions contestées.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles comme le propose le juge McLachlin.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appellant: Rod Holloway, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé le directeur du Forensic Psychiatric Institute: Mary P. Acheson, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Harvey M. Groberman et Lisa J. Mrozinski, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Kenneth J. Yule et George G. Dolhai, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Eric H. Siebenmorgen, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Pierre Lapointe, Québec.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Centre de la défense des droits des handicapés, Toronto.*

**Denis Lucien LePage** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Canadian Mental Health Association, the Canadian Police Association and Kenneth Samuel Cromie on behalf of the Queen Street Patients' Council** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LEPAGE

File No.: 26320.

1998: June 15, 16; 1999: June 17.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.*

The appellant has a long history of psychiatric disorders and has spent the majority of his adult life in a

**Denis Lucien LePage** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, l'Association canadienne pour la santé mentale, l'Association canadienne des policiers et Kenneth Samuel Cromie au nom du Queen Street Patients' Council** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEPAGE

N° du greffe: 26320.

1998: 15, 16 juin; 1999: 17 juin.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.*

L'appelant a un long passé de troubles mentaux et la majeure partie de sa vie adulte s'est partagée entre la

correctional facility or confined to a psychiatric hospital. After a troubled youth, he was convicted of manslaughter for the death of his aunt and sentenced to 12 years' imprisonment. He was released in 1975, and in 1976 was convicted of several counts of contributing to the delinquency of a minor and committing indecent assault. The following year, the appellant was arrested outside the home of a therapist who had discontinued treatment of him. He was found not guilty of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace by reason of insanity and ordered held at the pleasure of the Lieutenant Governor, pursuant to the *Criminal Code* provisions in effect at the time. While at the mental health centre, the appellant was charged with four counts of uttering threats against staff members, to which he pleaded guilty. Prior to sentencing, he sought a declaration that ss. 672.47 and 672.54 of Part XX.1 of the *Criminal Code*, dealing with accused found not criminally responsible by reason of mental disorder ("NCR"), violated ss. 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were of no force and effect and an order that he be granted an absolute discharge. The trial judge held that the provisions violated s. 15(1) of the *Charter* and could not be saved by s. 1. He suspended his declaration of invalidity, however, and, because the appellant had not yet had a hearing under the new provisions, did not order that he be released unconditionally. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: For the reasons set out in *Winko*, s. 672.54 of the *Code* does not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*. It is valid legislation, carefully crafted to protect the liberty of the NCR accused to the maximum extent compatible with the person's current situation and the need to protect public safety.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: For the reasons given in *Winko*, s. 672.54(a) of the *Code* violates neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter*. However, it clearly requires the court or the Review Board to find that the NCR accused is "not a significant threat to the safety of

détention dans un établissement correctionnel et l'internement dans un hôpital psychiatrique. À la suite d'une jeunesse mouvementée, il a été déclaré coupable de l'homicide involontaire coupable de sa tante et condamné à 12 ans d'emprisonnement. Il a été libéré en 1975 et, en 1976, il a été déclaré coupable relativement à plusieurs chefs d'accusation d'incitation à la délinquance d'un mineur et d'attentat à la pudeur. L'année suivante, l'appelant a été arrêté à l'extérieur du domicile d'un thérapeute qui avait cessé de le traiter. Il a été déclaré non coupable de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique pour cause d'aliénation mentale, et la cour a ordonné sa détention pour une durée relevant du bon plaisir du lieutenant-gouverneur, conformément aux dispositions du *Code criminel* en vigueur à l'époque. Au cours de son séjour au centre de santé mentale, l'appelant a fait l'objet de quatre chefs d'accusation d'avoir proféré des menaces contre des membres du personnel, auxquels il a plaidé coupable. Avant de recevoir sa peine, il a tenté d'obtenir un jugement déclarant que les art. 672.47 et 672.54 de la partie XX.1 du *Code criminel*, portant sur les accusés déclarés non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux, violent l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'ils sont inopérants, ainsi qu'une ordonnance de libération inconditionnelle. Le juge du procès a conclu que les dispositions violaient le par. 15(1) de la *Charte* et qu'elles ne pouvaient pas être sauvegardées par l'article premier. Il a toutefois suspendu la prise d'effet de son jugement déclaratoire d'inopérabilité et, en raison du fait que l'appelant n'avait pas encore fait l'objet d'une audience tenue en vertu des nouvelles dispositions, n'a pas ordonné sa libération inconditionnelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: Pour les motifs exposés dans *Winko*, l'art. 672.54 du *Code* ne viole pas l'art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*. Il s'agit d'une disposition législative valide, rédigée avec soin pour protéger la liberté de l'accusé non responsable criminellement, de la manière la plus compatible avec la situation actuelle de cette personne et avec la nécessité de protéger la sécurité du public.

*Les* juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Pour les motifs exposés dans *Winko*, l'al. 672.54a) du *Code* ne viole ni l'art. 7 ni l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, il exige clairement que le tribunal ou la commission d'examen conclue que l'accusé non responsable

the public" before it directs that he or she be absolutely discharged.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; **referred to:** *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722; *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733.

By Gonthier J.

**Referred to:** *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733; *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43], Part XX.1, ss. 672.47, 672.54.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 36 O.R. (3d) 3, 152 D.L.R. (4th) 318, 119 C.C.C. (3d) 193, 11 C.R. (5th) 1, [1997] O.J. No. 4016 (QL), reversing a decision of the Ontario Court (General Division) (1995), 40 C.R. (4th) 43, 28 C.R.R. (2d) 309, [1995] O.J. No. 823 (QL), declaring s. 672.54 of the *Criminal Code* to be unconstitutional. Appeal dismissed.

*Daniel J. Brodsky and Mara B. Greene*, for the appellant.

*Eric H. Siebenmorgen and Riun Shandler*, for the respondent.

*Kenneth J. Yule and George G. Dolhai*, for the interveners the Attorney General of Canada.

*Janet L. Budgell and Jennifer August*, for the interveners the Canadian Mental Health Association.

criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public» avant de pouvoir rendre une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; **arrêts mentionnés:** *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733.

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts mentionnés:** *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733; *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15(1).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43], partie XX.1, art. 672.47, 672.54.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 36 O.R. (3d) 3, 152 D.L.R. (4th) 318, 119 C.C.C. (3d) 193, 11 C.R. (5th) 1, [1997] O.J. No. 4016 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1995), 40 C.R. (4th) 43, 28 C.R.R. (2d) 309, [1995] O.J. No. 823 (QL), qui avait déclaré que l'art. 672.54 du *Code criminel* était inconstitutionnel. Pourvoi rejeté.

*Daniel J. Brodsky et Mara B. Greene*, pour l'appelant.

*Eric H. Siebenmorgen et Riun Shandler*, pour l'intimée.

*Kenneth J. Yule et George G. Dolhai*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Janet L. Budgell et Jennifer August*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

*Timothy S. B. Danson*, for the intervener the Canadian Police Association.

*Paul Burstein and Leslie Paine*, for the intervener Kenneth Samuel Cromie.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie J.J. was delivered by

MCLACHLIN J. —

### I. Introduction

This appeal requires us to consider the constitutionality of the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for people found not criminally responsible (“NCR”) for crimes by reason of mental disorder. The same issue is raised in the companion appeals of *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722, and *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733. I conclude that, read purposively, the provisions of the *Criminal Code*, specifically s. 672.54, are constitutional and would dismiss the appeal.

### II. Facts

Denis Lucien LePage is a 52-year-old man currently being detained at the Oak Ridge Division of the Penetanguishene Mental Health Centre. He has a long history of psychiatric disorders and has spent the majority of his adult life in a correctional facility or confined to a psychiatric hospital. After a troubled youth, Mr. LePage was convicted of manslaughter for the death of his aunt on October 4, 1966 and sentenced to 12 years’ imprisonment. He was released on January 17, 1975. In 1976, he was convicted of several counts of contributing to the delinquency of a minor and committing indecent assault. The following year, Mr. LePage was arrested outside the home of a therapist who had discontinued treatment of him. He was found to be carrying two firearms, bullets,

*Timothy S. B. Danson*, pour l’intervenante l’Association canadienne des policiers.

*Paul Burstein et Leslie Paine*, pour l’intervenant Kenneth Samuel Cromie.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MCLACHLIN —

### I. Introduction

Dans le cadre du présent pourvoi, nous devons examiner la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portant sur les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. La même question est soulevée dans les pourvois connexes *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722, et *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733. Je conclus que, interprétées en fonction de leur objet, les dispositions du *Code criminel*, particulièrement l’art. 672.54, sont constitutionnelles, et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

### II. Les faits

Denis Lucien LePage est un homme de 52 ans qui est présentement détenu dans la division de Oak Ridge du centre de santé mentale de Penetanguishene. Il a un long passé de troubles mentaux et la majeure partie de sa vie adulte s’est partagée entre la détention dans un établissement correctionnel et l’internement dans un hôpital psychiatrique. À la suite d’une jeunesse mouvementée, M. LePage a été déclaré coupable de l’homicide involontaire coupable de sa tante le 4 octobre 1966, et il a été condamné à 12 ans d’emprisonnement. Il a été libéré le 17 janvier 1975. En 1976, il a été déclaré coupable relativement à plusieurs chefs d’accusation d’incitation à la délinquance d’un mineur et d’attentat à la pudeur. L’année suivante, M. LePage a été arrêté à l’extérieur du

and two pairs of handcuffs and, as a result, was charged with being in possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. At the trial of that matter, Mr. LePage was found not guilty by reason of insanity and the court ordered that he be held at the pleasure of the Lieutenant Governor, pursuant to the *Criminal Code* provisions in effect at the time. Mr. LePage was sent to the Oak Ridge Division of the Penetanguishene Mental Health Centre where, apart from temporary stays in the Brockville Psychiatric Hospital and the Barrie jail, he has remained to this day. In 1991, Parliament amended the *Criminal Code* and Mr. LePage became subject to the provisions of Part XX.1.

domicile d'un thérapeute qui avait cessé de le traiter. Il a été trouvé en possession de deux armes à feu, de munitions et de deux paires de menottes, de sorte qu'il a été accusé de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Au procès relatif à cette affaire, M. LePage a été déclaré non coupable pour cause d'aliénation mentale, et la cour a ordonné sa détention pour une durée relevant du bon plaisir du lieutenant-gouverneur, conformément aux dispositions du *Code criminel* en vigueur à l'époque. Monsieur LePage a été envoyé à la division de Oak Ridge du centre de santé mentale de Penetanguishene où, exception faite de séjours temporaires à l'hôpital psychiatrique de Brockville et à la prison de Barrie, il est demeuré jusqu'à ce jour. En 1991, le législateur a modifié le *Code criminel* et M. LePage s'est retrouvé assujéti aux dispositions de la partie XX.1.

3

Mr. LePage has been diagnosed as suffering from a severe personality disorder with anti-social traits. While at the Oak Ridge Division of the Penetanguishene Mental Health Centre, Mr. LePage became increasingly resistant to therapy to the point that he refused to accept any treatment for his illness. He continued to exhibit threatening and verbally aggressive behaviour and, eventually, was charged with four counts of uttering threats against staff members. Mr. LePage pleaded guilty to these charges in December 1993. The applications forming the basis of this appeal arise from these proceedings and not, as with the companion appeals, from a decision of the Review Board.

Selon le diagnostic établi, M. LePage souffrait d'un trouble de la personnalité grave accompagné de caractéristiques antisociales. Au cours de son séjour à la division de Oak Ridge du centre de santé mentale de Penetanguishene, il s'est montré de plus en plus rébarbatif à la thérapie, jusqu'au point où il a refusé de recevoir tout traitement pour sa maladie. Il a continué de faire des menaces et de faire preuve de violence verbale, de sorte qu'il a finalement fait l'objet de quatre chefs d'accusation d'avoir proféré des menaces contre des membres du personnel. Monsieur LePage a plaidé coupable à ces accusations en décembre 1993. Les demandes fondant le présent pourvoi découlent de cette instance et non pas, contrairement aux pourvois connexes, d'une décision de la commission d'examen.

### III. Judgments Below

### III. Les jugements des juridictions inférieures

4

Prior to Mr. LePage's sentencing on the four charges of uttering threats, he sought a declaration that ss. 672.47 and 672.54 of Part XX.1 of the *Criminal Code* violated ss. 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and were of no force and effect and an order that he be granted an absolute discharge. Howden J. held that the provisions did not violate s. 7 but that they did violate s. 15(1) of the *Charter* and could not be

Avant de recevoir sa peine relativement aux quatre accusations d'avoir proféré des menaces, M. LePage a tenté d'obtenir un jugement déclarant que les art. 672.47 et 672.54 de la partie XX.1 du *Code criminel* violent l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'ils sont inopérants, ainsi qu'une ordonnance de libération inconditionnelle. Le juge Howden a conclu que ces dispositions ne violaient pas l'art. 7, mais

saved by s. 1: (1995), 40 C.R. (4th) 43. However, he suspended his declaration of invalidity. Because Mr. LePage had not yet had a hearing under the new provisions, he did not order that Mr. LePage be released unconditionally.

The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal: (1997), 36 O.R. (3d) 3. For the majority, Doherty J.A. (Charron J.A. concurring) allowed the appeal, holding that Part XX.1 of the *Criminal Code* did not violate s. 15(1) of the *Charter*. However, Doherty J.A. recognized that many of Mr. LePage's arguments, particularly those dealing with the allegedly improper onus imposed by Part XX.1, were more appropriately addressed under s. 7 of the *Charter*, rather than s. 15(1). Without addressing the merits of the s. 7 claim, he expressed the opinion that it would be improper to interpret the provisions as imposing a burden on the respondent to prove that he is not dangerous. Rather, in his view, the proceedings before the Review Board are intended to be non-adversarial. Goudge J.A. held that Part XX.1 of the *Criminal Code* offended s. 15(1) of the *Charter* but, because he held that the provisions were saved by s. 1, he agreed with the majority that the appeal should be allowed. Mr. LePage now appeals to this Court.

#### IV. Issues

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice on April 30, 1998:

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder or mental disability?
2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons

qu'elles violaient le par. 15(1) de la *Charte* et qu'elles ne pouvaient pas être sauvegardées par l'article premier: (1995), 40 C.R. (4th) 43. Toutefois, il a suspendu la prise d'effet de son jugement déclaratoire d'inopérabilité. En raison du fait que M. LePage n'avait pas encore fait l'objet d'une audience tenue en vertu des nouvelles dispositions, il n'a pas ordonné sa libération inconditionnelle.

Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario: (1997), 36 O.R. (3d) 3. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Doherty (avec l'appui du juge Charron) a accueilli l'appel et conclu que la partie XX.1 du *Code criminel* ne violait pas le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, le juge Doherty a reconnu qu'un grand nombre des arguments soulevés par M. LePage, particulièrement en ce qui a trait au fardeau de la preuve qui lui serait imposé à tort par la partie XX.1, cadraient davantage avec l'art. 7 de la *Charte* qu'avec le par. 15(1). Sans se prononcer sur le fond de la demande relative à l'art. 7, il a émis l'opinion qu'il serait erroné de considérer que les dispositions visées imposent à l'intimé le fardeau de prouver qu'il n'est pas dangereux. Selon lui, les instances devant la commission d'examen sont plutôt conçues pour être non contradictoires. Le juge Goudge a conclu que la partie XX.1 du *Code criminel* violait le par. 15(1) de la *Charte* mais, parce qu'il était d'avis que les dispositions de cette partie étaient sauvegardées par l'article premier, il s'est joint à la majorité pour conclure que l'appel devait être accueilli. Monsieur LePage se pourvoit maintenant devant notre Cour.

#### IV. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 30 avril 1998:

1. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu'il crée de la discrimination à l'endroit des personnes souffrant de troubles mentaux ou de déficience mentale?
2. L'article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d'une manière

found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

3. If the answer to Question 1 or 2 is “yes”, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

#### V. Analysis

<sup>7</sup> This Court’s reasons in the companion appeal of *Winko, supra*, set out in full the analysis of the constitutionality of the *Criminal Code* provisions for people found not criminally responsible by reason of mental disorder. In that case, I conclude that, read purposively, the *Criminal Code* mental disorder provisions, specifically s. 672.54, do not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter* and are therefore constitutional.

#### VI. Conclusion

<sup>8</sup> For the reasons set out in the companion appeal of *Winko*, I conclude that s. 672.54 does not violate s. 7 or s. 15(1) of the *Charter*. It is valid legislation, carefully crafted to protect the liberty of the NCR accused to the maximum extent compatible with the person’s current situation and the need to protect public safety.

<sup>9</sup> I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it discriminates against people with a mental disorder or mental disability?

No.

2. Does s. 672.54 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights and freedoms guaranteed

incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l’objet d’un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?

3. En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l’atteinte portée constitue-t-elle une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

#### V. Analyse

Les motifs de notre Cour dans le pourvoi connexe *Winko*, précité, analysent de façon exhaustive la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* portant sur les personnes déclarées non responsables criminellement pour cause de troubles mentaux. Dans ce pourvoi, je conclus que, interprétées en fonction de leur objet, les dispositions du *Code criminel* relatives aux troubles mentaux, particulièrement l’art. 672.54, ne violent pas l’art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*, et qu’elles sont donc constitutionnelles.

#### VI. Conclusion

Pour les motifs exposés dans le pourvoi connexe *Winko*, je conclus que l’art. 672.54 ne viole pas l’art. 7 ni le par. 15(1) de la *Charte*. Il s’agit d’une disposition législative valide, rédigée avec soin pour protéger la liberté de l’accusé non responsable criminellement, de la manière la plus compatible avec la situation actuelle de cette personne et avec la nécessité de protéger la sécurité du public.

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. L’article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif qu’il crée de la discrimination à l’endroit des personnes souffrant de troubles mentaux ou de déficience mentale?

Non.

2. L’article 672.54 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits et libertés

by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the ground that it deprives persons found not criminally responsible on account of mental disorder of their right to liberty and security of the person contrary to the principles of fundamental justice?

No.

3. If the answer to Question 1 or 2 is “yes”, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answers to the preceding questions make it unnecessary to answer this question.

The reasons of L’Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. —

### I. Introduction

This appeal requires us to consider whether Part XX.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringes s. 7 or s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether it can be upheld under s. 1. The same issue arises in the companion appeals of *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, *Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 733, and *Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 722.

I have read the reasons of McLachlin J. I adopt her statement of the facts as well as her summary of the judgments below. As I explained in my reasons in *Winko*, I substantially agree with her analysis as well as with her conclusion that the impugned provisions of the *Criminal Code* violate neither s. 7 nor s. 15 of the *Charter*, and consequently, that the appeal should be dismissed.

garantis par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour le motif que, d’une manière incompatible avec les principes de justice fondamentale, il prive de leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne les personnes faisant l’objet d’un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux?

Non.

3. En cas de réponse affirmative à la première ou à la deuxième question, l’atteinte portée constitue-t-elle une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Vu les réponses données aux questions précédentes, il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges L’Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER —

### I. Introduction

Dans le cadre du présent pourvoi, nous sommes appelés à déterminer si la partie XX.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, contrevient à l’art. 7 ou à l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, si elle peut se justifier au sens de l’article premier. La même question est soulevée dans les pourvois connexes *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 733, et *Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 722.

J’ai pris connaissance des motifs du juge McLachlin. J’adopte son exposé des faits ainsi que son résumé des jugements des instances inférieures. Comme je l’ai expliqué dans les motifs que j’ai rédigés dans *Winko*, je fais miennes pour l’essentiel son analyse de même que sa conclusion que les dispositions contestées du *Code criminel* ne violent ni l’art. 7 ni l’art. 15 de la *Charte* et, par conséquent, que le pourvoi doit être rejeté.

10

11

- 12      However, I reach that conclusion by adopting a different interpretation of the impugned legislation. In my view, s. 672.54(a) of the *Criminal Code* clearly requires the court or the Review Board to find that the not criminally responsible accused is “not a significant threat to the safety of the public” (emphasis added) before it directs that he or she be absolutely discharged. For the reasons given in *Winko*, s. 672.54(a) violates neither s. 7 nor s. 15.
- J’arrive toutefois à cette conclusion en recourant à une interprétation différente des dispositions en cause. À mon avis, l’al. 672.54a) du *Code criminel* exige clairement que le tribunal ou la commission d’examen conclue que l’accusé non responsable criminellement «ne représente pas un risque important pour la sécurité du public» (je souligne) avant de pouvoir rendre une décision portant libération inconditionnelle de celui-ci. Pour les motifs exposés dans *Winko*, l’al. 672.54a) ne viole ni l’art. 7 ni l’art. 15.
- 13      For these reasons, I would dismiss the appeal and adopt McLachlin J.’s answers to the constitutional questions.
- Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles comme le propose le juge McLachlin.
- Appeal dismissed.*
- Procureurs de l’appelant: Daniel J. Brodsky et Mara B. Greene, Toronto.*
- Solicitors for the appellant: Daniel J. Brodsky and Mara B. Greene, Toronto.*
- Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.*
- Procureur de l’intimée: Le procureur général de l’Ontario, Toronto.*
- Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Kenneth J. Yule and George G. Dolhai, Vancouver.*
- Procureurs de l’intervenant le procureur général du Canada: Kenneth J. Yule et George G. Dolhai, Vancouver.*
- Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.*
- Procureur de l’intervenante l’Association canadienne pour la santé mentale: Centre de la défense des droits des handicapés, Toronto.*
- Solicitors for the intervener the Canadian Police Association: Danson, Recht & Freedman, Toronto.*
- Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des policiers: Danson, Recht & Freedman, Toronto.*
- Solicitors for the intervener Kenneth Samuel Cromie: Burstein & Paine, Toronto.*
- Procureurs de l’intervenant Kenneth Samuel Cromie: Burstein & Paine, Toronto.*

**Cynthia Dobson** *Appellant*

*v.*

**Ryan Leigh MacLean Dobson by his  
Litigation Guardian, Gerald  
M. Price** *Respondent*

and

**The Canadian Abortion Rights Action  
League, the Evangelical Fellowship of  
Canada and the Catholic Group for Health,  
Justice and Life** *Interveners*

INDEXED AS: DOBSON (LITIGATION GUARDIAN OF) *v.*  
DOBSON

File No.: 26152.

1998: December 8; 1999: July 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and  
Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW  
BRUNSWICK

*Torts — Negligence — Motor vehicle accident —  
Action by child for prenatal negligence against mother  
— Whether mother liable in tort for damages to her  
child arising from an alleged prenatal negligent act  
which injured her foetus.*

The appellant was 27 weeks pregnant when the vehicle she was driving collided with another resulting in prenatal injuries to her foetus which resulted in his birth by Caesarian section later that day. These prenatal injuries caused permanent mental and physical impairment. The child brought an action for damages against his mother alleging that the collision was caused by her negligent driving. The motion judge found that the respondent had the legal capacity to sue for injuries caused by the appellant's alleged prenatal negligence. The Court of Appeal dismissed the appeal from that decision. At issue here is whether a mother should be

**Cynthia Dobson** *Appelante*

*c.*

**Ryan Leigh MacLean Dobson, représenté  
par son tuteur à l'instance, Gerald  
M. Price** *Intimé*

et

**L'Association canadienne pour le droit à  
l'avortement, l'Alliance évangélique du  
Canada et le Catholic Group for Health,  
Justice and Life** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: DOBSON (TUTEUR À L'INSTANCE DE) *c.*  
DOBSON

N° du greffe: 26152.

1998: 8 décembre; 1999: 9 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-  
BRUNSWICK

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Accident  
de la route — Action intentée par un enfant contre sa  
mère pour négligence commise avant la naissance — La  
mère doit-elle être tenue délictuellement responsable du  
dommage subi par son enfant en raison de la négligence  
dont elle aurait fait preuve avant la naissance laquelle a  
causé un préjudice au fœtus qu'elle portait?*

L'appelante en était à sa vingt-septième semaine de grossesse lorsque le véhicule qu'elle conduisait a heurté un autre véhicule. Le fœtus qu'elle portait a été blessé et il est né prématurément par césarienne plus tard le même jour. Ces blessures prénatales sont à l'origine de l'incapacité mentale et physique permanente dont est atteint l'enfant. Celui-ci a intenté une action en responsabilité contre sa mère, alléguant que la collision avait été provoquée par sa négligence au volant. Le juge saisi de la requête a conclu que l'intimé avait la capacité juridique d'agir en justice pour obtenir réparation du préjudice causé par la négligence qu'aurait commise l'appelante avant la naissance. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre cette décision. Il s'agit de savoir si la mère doit être tenue délictuellement responsable du dommage

liable in tort for damages to her child arising from a prenatal negligent act which allegedly injured her foetus.

*Held* (Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Binnie JJ.: The judicial recognition of a legal duty of care owed by a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child requires that the two-step test articulated in *Kamloops* be satisfied — (1) establishment of a relationship sufficient to establish a duty of care, and (2) existence of no public policy considerations negating this duty of care. The conclusion reached with respect to the second branch of that test determines the outcome of this appeal. The public policy concerns raised in this case are of such a nature and magnitude that they clearly indicate that a legal duty of care cannot, and should not, be imposed by the courts upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child. However, unlike the courts, the legislature may enact legislation in this field, subject to the limits imposed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In light of the very demanding biological reality that only women can become pregnant and bear children, the courts should be hesitant to impose additional burdens upon pregnant women. In addition, the relationship between an expectant woman and her foetus is truly unique. Accordingly, there can be no meaningful analogy between a child's action for prenatal negligence against a third-party tortfeasor, on the one hand, and against his or her mother, on the other.

The actions of a pregnant woman, including driving, are inextricably linked to her familial role, her working life, and her rights of privacy, bodily integrity and autonomous decision-making. Moreover, the judicial recognition of this cause of action would involve severe psychological consequences for the relationship between mother and child, as well as the family unit as a whole. The imposition of tort liability in this context would have profound effects upon every pregnant woman and upon Canadian society in general. Such after-the-fact judicial scrutiny of the subtle and complicated factors affecting a woman's pregnancy may make life for women who are pregnant or who are merely

subi par son enfant en raison d'un comportement négligent avant la naissance qui aurait infligé un préjudice au foetus qu'elle portait.

*Arrêt* (les juges Major et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

*Le* juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Binnie: La reconnaissance judiciaire d'une obligation légale de diligence pesant sur la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite exige que soit respecté le critère à deux volets formulé dans l'arrêt *Kamloops* — 1) la formation de relations suffisamment étroites pour donner naissance à l'obligation de diligence, et 2) l'inexistence de motifs touchant la politique publique pour justifier le rejet de cette obligation de diligence. La conclusion tirée relativement au second volet de ce critère détermine l'issue du présent pourvoi. La nature et l'ampleur des considérations touchant la politique publique soulevées en l'espèce sont telles qu'elles indiquent clairement qu'une obligation légale de diligence ne peut pas, et ne doit pas, être imposée par les tribunaux à la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Cependant, contrairement aux tribunaux, le législateur peut légiférer en la matière, sous réserve des limites imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Compte tenu de la réalité biologique très exigeante qui veut que seules les femmes puissent devenir enceintes et porter des enfants, les tribunaux doivent hésiter à imposer des fardeaux supplémentaires aux femmes enceintes. En outre, la relation entre la femme enceinte et le foetus est véritablement unique. Par conséquent, il ne peut y avoir aucune comparaison utile entre, d'une part, l'action qu'exerce un enfant pour négligence commise avant sa naissance contre le tiers auteur d'un délit, et, d'autre part, celle qu'il dirige contre sa mère.

Les actes de la femme enceinte, incluant la conduite automobile, sont inextricablement liés à son rôle familial, à sa vie professionnelle et à son droit à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie décisionnelle. De plus, la reconnaissance par les tribunaux de cette cause d'action aurait de graves conséquences psychologiques sur la relation entre la mère et l'enfant, de même que sur toute la cellule familiale. L'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ce contexte aurait des effets profonds sur chaque femme enceinte et sur la société canadienne en général. Un tel examen après le fait par les tribunaux des facteurs subtils et complexes touchant la grossesse est susceptible de rendre insupportable la vie

contemplating pregnancy intolerable. The best course, therefore, is to allow the duty of a mother to her foetus to remain a moral obligation which, for the vast majority of women, is already freely recognized and respected without compulsion by law.

There is as well a need for judicial restraint in the development of tort law as it pertains to sensitive and far-reaching issues of public policy. The imposition of a legal duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child cannot be characterized as the simple application of existing tort rules to meet the requirements of a specific case. Rather, it constitutes a severe intrusion into the lives of pregnant women, with potentially damaging effects on the family unit.

Moreover, there can be no satisfactory judicial articulation of a standard of conduct for pregnant women. A rule based on a "reasonable pregnant woman" standard raises the spectre of tort liability for lifestyle choices, and undermines the privacy and autonomy rights of women. A compromise judicial solution, based on the murky distinction between "lifestyle choices peculiar to parenthood" and a "general duty of care" owed to third parties, is simply too vague to be manageable, and will inevitably lead to inequitable and uncertain results.

Finally, a rule based on a strictly defined motor vehicle exception to delineate the scope of maternal tort liability should not be created by the judiciary. To do so would be to sanction a legal solution based solely on access to insurance. If this approach were to be adopted, the provincial legislatures would be required to amend their legislative compensation regimes for motor vehicle accidents. Any such amendment might well be required to specify that it constituted an exception to the general rule of maternal tort immunity for prenatal negligence, and that the injured child could not recover damages above the limit established by the insurance scheme. A carefully tailored solution could benefit both the injured child and his or her family, without unduly restricting the privacy and autonomy rights of women.

des femmes qui sont enceintes ou qui ne font qu'envisager de le devenir. La meilleure solution consiste donc à permettre que l'obligation de la mère envers le fœtus demeure une obligation morale reconnue de plein gré par la plupart des femmes et respectée par elles sans que la loi ne les y oblige.

La retenue judiciaire s'impose également lorsqu'il s'agit de l'évolution du droit de la responsabilité délictuelle relativement à des questions délicates et d'une portée considérable touchant la politique publique. L'imposition à la femme enceinte d'une obligation légale de diligence à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite ne peut être qualifiée de simple application des règles existantes en matière délictuelle afin de satisfaire aux exigences d'une affaire particulière. Elle constitue plutôt une intrusion grave dans la vie des femmes enceintes qui est susceptible d'entraîner des effets négatifs sur la cellule familiale.

De plus, aucune norme de conduite formulée par les tribunaux pour les femmes enceintes ne peut donner satisfaction. Une règle fondée sur la norme de la «femme enceinte raisonnable» fait apparaître le spectre de la responsabilité délictuelle pour des choix de mode de vie, et elle porte atteinte au droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie. Une solution judiciaire mitoyenne, fondée sur la distinction floue entre les «choix de style de vie particul[iers] du parent» et l'«obligation générale de diligence» envers les tiers, est simplement trop vague pour être applicable et mènera inévitablement à des résultats inéquitables et incertains.

Finalement, les tribunaux ne doivent pas créer une règle fondée sur une exception strictement définie concernant les véhicules à moteur pour déterminer l'étendue de la responsabilité délictuelle de la mère car en agissant de la sorte, ils sanctionneraient une solution reposant uniquement sur l'accès aux assurances. Si cette approche était retenue, les législateurs provinciaux seraient obligés de modifier leurs régimes légaux d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. Cette modification pourrait bien s'avérer nécessaire pour préciser que la solution retenue constitue une exception à la règle générale de l'immunité de la mère en matière délictuelle pour la négligence commise avant la naissance et que l'enfant atteint d'un préjudice ne peut obtenir de dommages-intérêts supérieurs à la limite fixée par le régime d'assurance. Une solution soigneusement élaborée pourrait profiter tant à l'enfant ayant subi un préjudice qu'à sa famille, sans porter indûment atteinte au droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie.

*Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.:* The common law must reflect the values reflected in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Applying common law liability for negligence generally to pregnant women in relation to the unborn trenches unacceptably on the liberty and equality *Charter* interests of pregnant women. The intrusion on the autonomy of the pregnant woman by common law tort liability cannot be reduced to the point where the infringement on a woman's liberty and equality interests is acceptable without distorting its methodology and introducing new difficulties. The proposal that only children "born alive" can sue leaves a vast scope for curtailment of the pregnant woman's autonomy. The proposal that liability follows only where the mother is insured against the damage flies in the face of the maxim that tort liability cannot be predicated on the defendant's means. The precept that a common law duty of care arises from the relationship between the parties is violated by the proposal that liability should be restricted to where a pregnant woman owes "general" duty to hypothetical people or by its variant that duty is owed to actual third parties.

*Per Major and Bastarache JJ. (dissenting):* The appellant mother owed a duty of care to other users of the highway, to passengers in her car and to her foreseeably injured born alive child. No intrusion into a pregnant woman's freedom of action can be demonstrated where a duty of care is owed to a third party in respect of the very same behaviour of which the child complains. The pregnant woman's freedom of action is not in issue in this appeal. This bright-line test easily distinguishes situations in which the pregnant woman's freedom of action is in issue from those where it is not. Tort law is well equipped to distinguish between the two.

The bare assertion of social policy concerns expressly and unilaterally centred on a pregnant woman's rights is not a sufficient answer to determine whether a pregnant woman's rights should prevail over the equally recognized rights of her born alive child. While the law may grant immunity from liability based on policy reasons, those reasons, which must be clear and compelling, are

*Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin:* La common law doit refléter les valeurs consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appliquer de façon générale la responsabilité pour négligence prévue en common law aux femmes enceintes à l'égard des enfants à naître porte atteinte de façon inacceptable au droit à la liberté et à l'égalité garanti par la *Charte* à ces femmes. L'ingérence de la responsabilité délictuelle prévue en common law dans l'autonomie de la femme enceinte ne peut pas être réduite de manière que l'atteinte portée au droit à la liberté et à l'égalité de la femme soit acceptable sans dénaturer la méthodologie de la common law ni introduire de nouvelles difficultés. La proposition voulant que seuls les enfants «nés vivants» puissent agir en justice laisse subsister un large champ d'intervention ouvert à ceux qui voudraient réduire l'autonomie de la femme enceinte. La proposition selon laquelle la responsabilité de la mère n'est engagée que si celle-ci a souscrit une police d'assurance pour la couvrir va complètement à l'encontre de la maxime voulant que la responsabilité délictuelle ne peut être fondée sur les ressources du défendeur. La proposition selon laquelle la responsabilité doit être limitée aux cas où la femme enceinte est tenue d'une obligation «générale» à l'égard de tiers hypothétiques ou, suivant une variante de cette proposition, à l'égard de véritables tiers, déroge au précepte qui veut qu'en common law l'obligation de diligence découle de la relation qui existe entre les parties.

*Les juges Major et Bastarache (dissidents):* La mère appelante avait une obligation de diligence envers les autres usagers de la route, les passagers de son véhicule ainsi qu'envers son enfant qui est né vivant et atteint d'un préjudice qu'on pouvait prévoir. Il n'est pas possible d'établir qu'il y a atteinte à la liberté d'action de la femme enceinte lorsqu'elle est tenue d'une obligation de diligence envers un tiers relativement au comportement dont se plaint son enfant né vivant. La liberté d'action de la femme enceinte n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Ce critère permet d'établir facilement une distinction nette entre les situations dans lesquelles la liberté d'action de la femme enceinte est en cause et celles où sa liberté d'action ne l'est pas. Le droit de la responsabilité délictuelle dispose des outils nécessaires pour établir une distinction entre les deux.

Le simple renvoi à des considérations de politique sociale expressément et unilatéralement centrées sur les droits de la femme enceinte ne constitue pas une réponse suffisante à la question de savoir si les droits de la femme enceinte doivent l'emporter sur les droits également reconnus de son enfant né vivant. Bien que le droit puisse accorder une immunité pour des raisons

conspicuously absent here. The removal of the child's cause of action is extreme and the policy reasons for doing so should be obvious and persuasive. No jurisprudence was advanced that would negate a pregnant woman's legal responsibility for negligent acts against her born alive child where the effects of those acts are reasonably foreseeable and where they violate the physical integrity of a legal person. The special relationship between a pregnant woman and her foetus is significant for both the mother-defendant and the born alive child-plaintiff and the legal or social policy implications to be drawn from this biological fact cannot be ascertained in the absence of equal acknowledgment of the rights of the child. To grant a pregnant woman immunity from the reasonably foreseeable consequences of her acts for her born alive child would create a legal distortion as no other plaintiff carries such a one-sided burden, nor any defendant such an advantage.

Policy considerations flowing from concerns about the appropriateness of intra-familial litigation may be sufficient to negate any child's right to sue his or her parents in tort. The conclusion that such concerns only bar tort action brought by born alive children who sustained injuries while still *in utero* is not justified.

### Cases Cited

By Cory J.

**Applied:** *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **considered:** *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bonte v. Bonte*, 616 A.2d 464 (1992); *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Stallman v. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (1988); *Lynch v. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411; **referred to:** *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Deziel v. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hartman by Hartman v. Hartman*, 821 S.W.2d 852 (1991); *Hogan v. Hogan*, 435 N.E.2d 770 (1982); *Eisele v. Tenuta*, 404 N.E.2d 349 (1980); *Johnson v. Myers*, 277 N.E.2d 778 (1972); *Black v. Solmitz*, 409 A.2d 634 (1979); *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997]

d'ordre politique, ces raisons, qui doivent être claires et impérieuses, font visiblement défaut dans la présente affaire. La suppression de la cause d'action de l'enfant est une mesure extrême, et les raisons d'ordre politique invoquées pour la justifier doivent être manifestes et convaincantes. Aucune décision judiciaire n'a été invoquée pour exonérer la femme enceinte ayant fait preuve de négligence à l'égard de son enfant né vivant, lorsque les effets de cette négligence sont raisonnablement prévisibles et qu'ils portent atteinte à l'intégrité physique d'une personne juridique. La relation spéciale entre la femme enceinte et le foetus est importante tant pour la mère-défenderesse que pour l'enfant-demandeur né vivant, et les incidences touchant la politique juridique ou sociale que l'on peut déduire de ce fait biologique ne peuvent pas être vérifiées en l'absence d'une reconnaissance égale des droits de l'enfant. Accorder l'immunité à la femme enceinte pour les conséquences raisonnablement prévisibles de ses actes sur son enfant né vivant créerait une distorsion juridique, car aucun autre demandeur ne doit supporter un tel fardeau unilatéral, et aucun défendeur ne jouit d'un tel avantage.

Des considérations d'ordre politique fondées sur les inquiétudes exprimées au sujet de la pertinence des litiges opposant les membres d'une même famille peuvent justifier que l'enfant soit privé du droit d'agir en responsabilité délictuelle contre ses parents. La conclusion selon laquelle de telles préoccupations ne font obstacle qu'à l'action en responsabilité délictuelle intentée par l'enfant né vivant qui a subi un préjudice *in utero* n'est pas justifiée.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêt appliqué:** *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts examinés:** *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Bonte c. Bonte*, 616 A.2d 464 (1992); *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Stallman c. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (1988); *Lynch c. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411; **arrêts mentionnés:** *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hartman by Hartman c. Hartman*, 821 S.W.2d 852 (1991); *Hogan c. Hogan*, 435 N.E.2d 770 (1982); *Eisele c. Tenuta*, 404 N.E.2d 349 (1980); *Johnson c. Myers*, 277 N.E.2d 778 (1972); *Black c. Solmitz*, 409 A.2d 634 (1979); *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British*

1 S.C.R. 1092; *Lister v. Romford Ice & Cold Storage Co.*, [1957] 1 All E.R. 125.

By McLachlin J.

**Referred to:** *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219.

By Major J. (dissenting)

*Deziel v. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1).  
*Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (U.K.), 1976, c. 28, s. 1(1).

#### Authors Cited

Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1993.  
Canada. Statistics Canada. Catalogue No. 82-003, *Health Reports*, vol. 7, No. 2, 1995.  
Canadian Institute for Health Information. *National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96*. Ottawa: The Institute, 1998.  
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.  
Kerr, Ian R. "Pre-Natal Fictions and Post-Partum Actions" (1997), 20 *Dalhousie L.J.* 237.  
Santello, Deborah M. "Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries" (1988), 22 *Suffolk U. L. Rev.* 747.  
Steinbock, Bonnie. *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*. New York: Oxford University Press, 1992.  
United Kingdom. Law Commission. Law Com. No. 60. "Report on Injuries to Unborn Children" Cmnd. 5709, in *Law Commission Reports*, vol. 5. Oxfordshire: Professional Books, 1979.  
United Kingdom. *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 February 1976).

*Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *Lister c. Romford Ice & Cold Storage Co.*, [1957] 1 All E.R. 125.

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

Citée par le juge Major (dissident)

*Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651; *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15(1).  
*Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 28, art. 1(1).

#### Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. *Un virage à prendre en douceur: Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, vol. 2. Ottawa: La Commission, 1993.  
Canada. Statistique Canada. Catalogue n° 82-003, *Rapports sur la santé*, vol. 7, n° 2, 1995.  
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.  
Institut canadien d'information sur la santé. *National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96*. Ottawa: L'Institut, 1998.  
Kerr, Ian R. «Pre-Natal Fictions and Post-Partum Actions» (1997), 20 *Dalhousie L.J.* 237.  
Royaume-Uni. Law Commission. Law Com. No. 60. «Report on Injuries to Unborn Children» Cmnd. 5709, in *Law Commission Reports*, vol. 5. Oxfordshire: Professional Books, 1979.  
Royaume-Uni. *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 February 1976).  
Santello, Deborah M. «Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries» (1988), 22 *Suffolk U. L. Rev.* 747.  
Steinbock, Bonnie. *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*. New York: Oxford University Press, 1992.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1997), 148 D.L.R. (4th) 332, 189 N.B.R. (2d) 208, 482 A.P.R. 208, 37 C.C.L.T. (2d) 103, 12 C.P.C. (4th) 191, [1997] N.B.J. No. 232 (QL), affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1997), 143 D.L.R. (4th) 189, 186 N.B.R. (2d) 81, 476 A.P.R. 81, [1997] N.B.J. No. 17 (QL), that the infant respondent had the legal capacity to sue his mother for the injuries allegedly caused by his prenatal injuries. Appeal allowed, Major and Bastarache JJ. dissenting.

*Robert L. Barnes, Q.C., and Colleen P. Keyes*, for the appellant.

*M. Ann MacAulay and James W. A. MacAulay*, for the respondent.

*Beth Symes and Andrea York*, for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League.

*David M. Brown*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

*William J. Sammon*, for the intervener the Catholic Group for Health, Justice and Life.

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

CORY J. —

## I. Introduction

Pregnancy speaks of the mystery of birth and life; of the continuation and renewal of the species. The relationship between a pregnant woman and her foetus is unique and innately recognized as one of great and special importance to society. In the vast majority of cases, the expectant woman makes every effort to ensure the good health and welfare of her future child. In addition, the sacrifices made by the mother for her newborn child are considerable. Yet, what if hopes for the future are dashed by an injury caused to the foetus as a result of a

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1997), 148 D.L.R. (4th) 332, 189 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 208, 482 A.P.R. 208, 37 C.C.L.T. (2d) 103, 12 C.P.C. (4th) 191, [1997] A.N.-B. n<sup>o</sup> 232 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1997), 143 D.L.R. (4th) 189, 186 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 81, 476 A.P.R. 81, [1997] A.N.-B. n<sup>o</sup> 17 (QL), portant que l'enfant en bas âge intimé avait la capacité juridique de poursuivre sa mère pour le dommage que lui auraient causé les blessures infligées avant sa naissance. Pourvoi accueilli, les juges Major et Bastarache sont dissidents.

*Robert L. Barnes, c.r., et Colleen P. Keyes*, pour l'appelante.

*M. Ann MacAulay et James W. A. MacAulay*, pour l'intimé.

*Beth Symes et Andrea York*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement.

*David M. Brown*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

*William J. Sammon*, pour l'intervenant le Catholic Group for Health, Justice and Life.

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

LE JUGE CORY —

## I. Introduction

La grossesse évoque le mystère de la naissance et de la vie ainsi que la perpétuation et le renouvellement de la race humaine. La relation entre la femme enceinte et le foetus qu'elle porte est unique et l'importance considérable et particulière qu'elle revêt pour la société est spontanément reconnue. Dans la grande majorité des cas, la femme enceinte déploie tous les efforts possibles pour assurer la santé et le bien-être de l'enfant à naître. En outre, les sacrifices que la mère consent pour son nouveau-né sont énormes. Mais que se passe-t-il si

prenatal negligent act of the mother-to-be? Should a mother be held liable for the damages occasioned to her born alive child? That is the question to be resolved in this appeal.

## II. Facts

2 On March 14, 1993, the appellant was in the 27th week of her pregnancy. On that day, she was driving towards Moncton in a snowstorm. She lost control of her vehicle on a patch of slush and struck an oncoming vehicle. It is alleged that the accident was caused by her negligent driving. The infant respondent, Ryan Dobson, was allegedly injured while *in utero*, and was delivered prematurely by Caesarean section later that same day. He suffers from permanent mental and physical impairment, including cerebral palsy.

3 The infant respondent, by his grandfather and litigation guardian, launched a tort claim against, *inter alia*, the appellant for the damages he sustained. The respondent's father was the owner of the vehicle driven by the appellant. As required by provincial law, he was insured against damages caused by the negligence of drivers of his motor vehicle.

4 The issues of liability and quantum of damages were severed by a consent order dated June 25, 1996. Thus, the only question to be determined is whether Ryan Dobson has the legal capacity to bring a tort action against his mother for her allegedly negligent act which occurred while he was *in utero*. Miller J., on an application for determination of this question of law, found that the infant respondent had the legal capacity to sue for injuries caused by the appellant's prenatal negligence. The Court of Appeal dismissed the appeal from that decision.

l'espoir en l'avenir est ruiné par le préjudice que subit le fœtus en raison du comportement négligent de la future mère avant la naissance? Une mère doit-elle être tenue responsable du dommage causé à son enfant né vivant? C'est la question qu'il faut trancher dans le présent pourvoi.

## II. Les faits

Le 14 mars 1993, l'appelante en était à sa vingt-septième semaine de grossesse. Cette journée-là, elle conduisait en direction de Moncton pendant une tempête de neige. Elle a perdu le contrôle de son véhicule en roulant sur une plaque de neige fondante et a heurté un véhicule circulant en sens inverse. Il est allégué que l'accident a été causé par sa négligence au volant. L'enfant en bas âge intimé, Ryan Dobson, aurait été blessé *in utero* et il est né prématurément par césarienne plus tard le même jour. Il est atteint d'une incapacité mentale et physique permanente, notamment de paralysie cérébrale.

L'enfant en bas âge intimé, représenté par son grand-père et tuteur à l'instance, a intenté une action en responsabilité délictuelle, notamment contre l'appelante, pour obtenir réparation du dommage qu'il a subi. Le père de l'intimé était propriétaire du véhicule conduit par l'appelante. Comme la loi provinciale l'exige, il était assuré contre les dommages imputables à la négligence des conducteurs de son véhicule à moteur.

La question de la responsabilité et celle du montant des dommages-intérêts ont été séparées par l'ordonnance rendue de consentement le 25 juin 1996. La seule question qu'il reste donc à trancher est celle de savoir si Ryan Dobson a la capacité juridique d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère pour la négligence dont elle aurait fait preuve avant sa naissance. À la suite d'une demande visant à trancher cette question de droit, le juge Miller a décidé que l'enfant en bas âge intimé avait la capacité juridique de poursuivre pour obtenir réparation du préjudice causé par la négligence de l'appelante avant la naissance. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre cette décision.

### III. Judicial History

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench* (1997), 186 N.B.R. (2d) 81

Miller J. recognized the difficulty of reconciling competing legal principles regarding the nature and extent of foetal rights. He accepted that legal personality begins at birth and ends at death: *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530. Therefore, at the time of the commission of the tort, the infant respondent did not exist as a person in law.

Miller J. based his decision on two principles of tort law. First, there is no common law bar to actions in tort by children against their parents: *Deziel v. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651. The doctrine of parental tort immunity, which exists in certain American jurisdictions, has never been a part of Canadian law. Second, Canadian courts have recognized the juridical personality of the foetus as a fiction which is utilized, at least in certain contexts, to protect future interests. Although a foetus is not a legal person, certain rights accrue and may be asserted by the infant upon being born alive and viable: *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456. In this case, the injury was allegedly suffered by the foetus, but the damages sued for are those sustained by the infant Ryan after his birth. Accordingly, if the damages had been caused by the negligence of some third-party, the infant respondent would be entitled to seek compensation in a tort action.

Miller J. concluded that "if an action can be sustained by a child against a parent, and if an action can be sustained against a stranger for injuries suffered by a child before birth, then it seems to me a reasonable progression to allow an action by a child against his mother for prenatal injuries caused by her negligence" (p. 88). He therefore held that the infant respondent had the legal

### III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (1997), 186 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 81

Le juge Miller a reconnu qu'il est difficile de concilier des principes opposés du droit concernant la nature et l'étendue des droits du fœtus. Il a convenu que la personnalité juridique commence à la naissance et prend fin au décès: *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530. Par conséquent, l'enfant en bas âge intimé n'était pas une personne en droit au moment du délit.

Le juge Miller a fondé sa décision sur deux principes de la responsabilité délictuelle. En premier lieu, la common law n'interdit pas aux enfants d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre leurs parents: *Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651. La théorie de l'immunité parentale en matière délictuelle, qui a cours dans certains ressorts américains, n'a jamais été accueillie en droit canadien. En second lieu, les tribunaux canadiens, s'appuyant sur une fiction juridique, ont reconnu au fœtus la personnalité juridique, à tout le moins dans certains cas, en vue de protéger ses droits futurs. Bien que le fœtus ne jouisse pas de la personnalité juridique, il possède certains droits qu'il peut faire valoir s'il naît vivant et viable: *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456. Dans la présente affaire, des blessures auraient été infligées au fœtus, mais c'est le dommage subi par Ryan, l'enfant en bas âge, après sa naissance qui fait l'objet de l'action. Par conséquent, si le dommage avait été causé par la négligence d'un tiers, l'enfant en bas âge intimé aurait le droit de réclamer une indemnisation en exerçant une action en responsabilité délictuelle.

Le juge Miller a conclu que [TRADUCTION] «si un enfant peut intenter une action à son père ou à sa mère et si une action peut être intentée à un étranger pour des blessures subies par un enfant avant sa naissance, il me semble raisonnable de franchir un pas de plus et d'autoriser un enfant à intenter une action à sa mère pour un préjudice corporel prénatal imputable à la négligence de cette dernière» (p. 88). Il a donc conclu que l'enfant en bas âge intimé avait la capacité juridique de

5

6

7

capacity to sue his mother for the injuries allegedly caused by her prenatal negligence.

B. *New Brunswick Court of Appeal* (1997), 189 N.B.R. (2d) 208

poursuivre sa mère pour obtenir réparation du préjudice qu'aurait causé la négligence de cette dernière avant sa naissance.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (1997), 189 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 208

8 Hoyt C.J.N.B. also accepted that, at the time of the accident, the infant respondent did not possess juridical personality. He noted that it was common ground between the parties that a child may sue his or her parents in tort, and that a child may sue a third-party for prenatal negligence. Moreover, he found that there was a real distinction between an action brought by or on behalf of a foetus and one brought by or on behalf of a child. Accordingly, Canadian decisions involving the former — *Tremblay v. Daigle, supra*; *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; and *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925 — had no application to the case before him.

Le juge en chef Hoyt a lui aussi convenu qu'au moment de l'accident, l'enfant en bas âge intimé ne possédait pas la personnalité juridique. Il a souligné que les parties s'entendaient pour dire qu'un enfant peut diriger une action en responsabilité délictuelle contre ses parents et qu'il peut poursuivre un tiers pour négligence commise avant sa naissance. Il a de plus conclu à l'existence d'une distinction réelle entre l'action intentée par le foetus ou en son nom et celle intentée par l'enfant ou en son nom. C'est pourquoi la jurisprudence canadienne concernant la première action — *Tremblay c. Daigle*, précité, *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489, et *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 — ne s'appliquait pas à l'affaire dont il était saisi.

9 Hoyt C.J.N.B. further found that different considerations would arise if this case involved damages resulting from lifestyle choices made by a woman during pregnancy, such as smoking, drinking and the taking of or refusal to take medication. Although cases alleging such negligent conduct by a pregnant woman would raise difficult policy decisions, those issues do not arise in this case. Hoyt C.J.N.B. found that the narrow issue to be resolved concerns the allegedly negligent driving of a pregnant woman resulting in injuries to her born alive child, and not injuries occasioned as a result of her lifestyle choices. Hoyt C.J.N.B. found support for this distinction in *Bonte v. Bonte*, 616 A.2d 464 (N.H. 1992), *Lynch v. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411, and J. G. Fleming, *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at p. 168. He observed that, in *Lynch, supra*, Clarke J.A. stated that different policy considerations arise in the context of a claim

Le juge en chef Hoyt a également conclu que des considérations différentes interviendraient si la présente affaire concernait un dommage résultant des choix de style de vie faits par une femme enceinte au cours de sa grossesse, comme le tabagisme, la consommation d'alcool et la prise ou le refus de médicaments. Bien que les affaires où un tel comportement négligent est reproché à une femme enceinte appellent des décisions d'ordre politique difficiles, ces questions ne sont pas soulevées en l'espèce. Le juge en chef Hoyt a conclu que la question restreinte à trancher porte sur la négligence qu'aurait commise une femme enceinte au volant de son véhicule automobile, laquelle est à l'origine du préjudice subi par son enfant né vivant, et non pas sur le préjudice causé par les choix de style de vie qu'elle a faits. Selon le juge en chef Hoyt, cette distinction est étayée par *Bonte c. Bonte*, 616 A.2d 464 (N.H. 1992), *Lynch c. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411, et par J. G. Fleming, *The Law of Torts* (8<sup>e</sup> éd. 1992), à p. 168. Il a fait remarquer que dans *Lynch*, précité, le juge Clarke a dit qu'une demande fondée sur la négligence au volant fait intervenir des considéra-

based on negligent driving as opposed to a case involving a pregnant woman's lifestyle choices.

Hoyt C.J.N.B. concluded that the duty on the appellant in this case arose from her general duty to drive carefully and could not be characterized as a lifestyle choice which is "peculiar to parenthood" (p. 216). He noted that the same distinction was made in the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (U.K.), 1976, c. 28. That Act exempts a mother from tort liability for prenatal negligence to her children who are born alive. However, the exemption does not apply to prenatal negligence which occurs when the pregnant woman is in breach of her general duty to drive carefully. Therefore, Hoyt C.J.N.B. held that a pregnant woman has a general duty to drive carefully, in relation to both her subsequently born child and third-party motorists. If, as alleged here, the child suffers injury during his or her lifetime as a result of the mother's negligent driving during pregnancy, the child should be able to enforce his or her rights. To hold otherwise would create a partial exclusion to a pregnant woman's general duty to drive carefully.

#### IV. Issue

This appeal raises but one issue. Should a mother be liable in tort for damages to her child arising from a prenatal negligent act which allegedly injured the foetus in her womb?

#### V. Analysis

Perhaps as a prelude to considering the public policy aspects of this appeal, it may be helpful to begin with a review of the case law which allows infants to receive compensation in tort for prenatally inflicted injuries.

tions d'ordre politique différentes de celles qui se présentent dans une affaire où il est question des choix de style de vie d'une femme enceinte.

Le juge en chef Hoyt a conclu que l'obligation pesant sur l'appelante en l'espèce découle de son obligation générale de conduire prudemment et ne peut être qualifiée de choix de style de vie [TRANSDUCTION] «particuli[er] du parent» (p. 216). Il a souligné que la même distinction a été établie dans la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 28. Cette loi exonère la mère de toute responsabilité délictuelle pour la négligence dont elle a fait preuve envers son enfant né vivant avant sa naissance. Toutefois, cette exonération ne vise pas la négligence commise avant la naissance par la femme enceinte qui manque à son obligation générale de conduire prudemment. Le juge en chef Hoyt a donc statué que la femme enceinte est tenue d'une obligation générale de conduire prudemment, tant envers l'enfant auquel elle donne naissance par la suite qu'envers les tiers automobilistes. Si, comme il est allégué en l'espèce, l'enfant subit, au cours de sa vie, un préjudice résultant de la négligence au volant dont sa mère a fait preuve pendant sa grossesse, il devrait pouvoir faire valoir ses droits. Conclure le contraire créerait une exception partielle à l'obligation générale de la femme enceinte de conduire prudemment.

#### IV. La question en litige

Le présent pourvoi ne soulève qu'une seule question. La mère doit-elle être tenue délictuellement responsable du dommage subi par son enfant en raison d'un comportement négligent avant la naissance qui aurait infligé un préjudice au foetus qu'elle portait?

#### V. Analyse

Avant d'examiner les aspects du présent pourvoi qui touchent la politique publique, il pourrait être utile de commencer par analyser la jurisprudence autorisant en matière délictuelle l'indemnisation des enfants pour les préjudices subis avant leur naissance.

10

11

12

### A. Tort Liability for Prenatal Negligence

13

In *Montreal Tramways, supra*, a child born with club feet two months after an incident of alleged negligence by the tramcar company brought an action for the prenatal injuries which caused the damages. Lamont J., for the majority, held that the child did indeed have the right to sue. He based his conclusion on the following rationale (at p. 464):

If a child after birth has no right of action for prenatal injuries, we have a wrong inflicted for which there is no remedy, for, although the father may be entitled to compensation for the loss he has incurred and the mother for what she has suffered, yet there is a residuum of injury for which compensation cannot be had save at the suit of the child. If a right of action be denied to the child it will be compelled, without any fault on its part, to go through life carrying the seal of another's fault and bearing a very heavy burden of infirmity and inconvenience without any compensation therefor. To my mind it is but natural justice that a child, if born alive and viable, should be allowed to maintain an action in the courts for injuries wrongfully committed upon its person while in the womb of its mother. [Emphasis added.]

14

The infant respondent argued that the underlined passage provides a born alive child with the right to sue in tort for all prenatally inflicted injuries, including those allegedly caused by the prenatal negligence of his or her mother. It is true that the reasoning of Lamont J., on behalf of the majority of this Court, was based in part on general principles of compensation and natural justice. However, the decision contains no direct reference to the tort liability of a mother for prenatal negligence. Even if *Montreal Tramways, supra*, could be understood to encompass tortious acts by a pregnant woman that cause injury to her foetus, it must be emphasized that the decision dealt with the negligence of a third-party tortfeasor. Nothing in the decision suggests that the Court directed its attention to the sensitive issue of maternal tort liability for prenatal negligence. Accordingly, the decision in *Montreal*

### A. La responsabilité délictuelle pour négligence commise avant la naissance

Dans l'arrêt *Montreal Tramways*, précité, une enfant, née avec les pieds bots deux mois après la prétendue commission d'une négligence par la compagnie de tramway, a intenté une action en réparation du préjudice prénatal à l'origine du dommage subi. Le juge Lamont, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a conclu que l'enfant avait effectivement le droit d'agir. Il a fondé sa conclusion sur le raisonnement suivant (à la p. 464):

[TRADUCTION] Si, après la naissance, l'enfant n'a aucun droit d'action à l'égard du préjudice prénatal, nous sommes alors en présence d'un dommage pour lequel il n'existe aucun recours car, bien que le père puisse avoir le droit d'obtenir réparation de la perte qu'il a subie et que la mère puisse y avoir droit pour ce qui lui a été infligé, une partie du préjudice ne peut faire l'objet d'une indemnisation à moins que l'enfant intente des poursuites. Si on lui refuse le droit d'action, l'enfant devra, en l'absence de toute faute de sa part, porter toute sa vie durant la marque de la faute d'autrui et assumer un très lourd fardeau d'infirmité et d'inconvénients sans obtenir réparation. Dans mon esprit, permettre à l'enfant né vivant et viable d'agir en justice afin d'obtenir réparation du préjudice infligé à tort à sa personne alors qu'il était dans le ventre de sa mère est simplement conforme à la justice naturelle. [Je souligne.]

L'enfant en bas âge intimé a prétendu que le passage souligné donne à l'enfant né vivant le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle pour tous les préjudices prénatals, y compris ceux qui auraient été causés par la négligence de la mère avant la naissance. Il est vrai que le raisonnement du juge Lamont, au nom de notre Cour, était notamment fondé sur des principes généraux d'indemnisation et de justice naturelle. Toutefois, l'arrêt ne traite pas directement de la responsabilité délictuelle de la mère pour négligence commise avant la naissance. Même si l'arrêt *Montreal Tramways*, précité, peut être interprété comme visant les actes délictueux d'une femme enceinte qui causent un préjudice au fœtus qu'elle porte, il faut souligner que l'arrêt concernait la négligence délictuelle d'un tiers. Rien dans l'arrêt ne donne à penser que la Cour à la majorité a examiné la

*Tramways*, while important, should not be taken as determinative of the issue raised in this appeal.

A different legal analysis was employed to achieve the same result in *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.). In that case, a pregnant woman was involved in an automobile accident caused by the negligent acts of another. Three weeks later, her child was born prematurely with cerebral defects. Fraser J. held that once a child is born alive with injuries caused by an incident of prenatal negligence, the cause of action is complete (at pp. 700-701):

[T]he law has been clear that it is unnecessary that the damages coincide in time or place with the wrongful act or default. In this connection reference is made to *Grant v. Australian Knitting Mills, Ltd.*, [1936] A.C. 85, and to *Dorset Yacht Co. v. Home Office*, [1970] A.C. 1004. In these cases the existence of the plaintiffs was unknown to the defendant. It would have been immaterial to the causes of action if the plaintiffs had been persons born after the negligent acts.

Procreation is normal and necessary for the preservation of the race. If a driver drives on a highway without due care for other users it is foreseeable that some of the other users of the highway will be pregnant women and that a child *en ventre sa mère* may be injured. Such a child therefore falls well within the area of potential danger which the driver is required to foresee and take reasonable care to avoid.

The approach adopted in *Duval* applies the "neighbour principle" articulated in the famous *dictum* of Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at p. 580. Since it is reasonably foreseeable at the time of an accident that negligent driving may cause injury to a pregnant woman, the possibility of injury to the child on birth is, as well, reasonably foreseeable. It is this

délicate question de la responsabilité délictuelle de la mère pour une négligence commise avant la naissance. Par conséquent, l'arrêt *Montreal Tramways*, bien qu'il soit important, ne devrait pas être considéré comme décisif en ce qui concerne la question soulevée dans le présent pourvoi.

On est arrivé au même résultat au moyen d'une analyse juridique différente dans *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), confirmé par (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.). Dans cette affaire, une femme enceinte avait été impliquée dans un accident d'automobile causé par la négligence d'un tiers. Trois semaines plus tard, son enfant naissait prématurément avec des anomalies cérébrales. Le juge Fraser a conclu que, dès qu'un enfant naît vivant et atteint d'un préjudice causé par une négligence commise avant la naissance, la cause d'action est acquise (aux pp. 700 et 701):

[TRADUCTION] [I] est bien établi en droit qu'il n'est pas nécessaire que le dommage coïncide dans le temps ou dans l'espace avec l'acte fautif ou le manquement. À cet égard, on mentionne les arrêts *Grant c. Australian Knitting Mills, Ltd.*, [1936] A.C. 85, et *Dorset Yacht Co. c. Home Office*, [1970] A.C. 1004. Dans ces arrêts, le défendeur ignorait l'existence des demandeurs. Il aurait été sans importance, en ce qui concerne les causes d'action, que les demandeurs aient été des personnes nées après l'accomplissement des actes négligents.

La procréation est normale et nécessaire pour la préservation de la race humaine. Si quelqu'un conduit sur une autoroute sans faire preuve de diligence raisonnable envers autrui, il est prévisible que des femmes enceintes se trouveront parmi les autres usagers de la route et que les enfants qu'elles portent pourront subir un préjudice. Ces enfants sont donc bien visés par le risque potentiel que le conducteur est tenu de prévoir et qu'il doit prendre raisonnablement soin d'éviter.

Le raisonnement adopté dans *Duval* applique le [TRADUCTION] «principe du prochain» formulé dans la célèbre remarque incidente de lord Atkin dans *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), à la p. 580. Étant donné qu'au moment de l'accident il est raisonnablement prévisible que la négligence au volant puisse causer des blessures à une femme enceinte, la possibilité que l'enfant

foreseeability that creates a relationship which is sufficiently proximate to give rise to a duty of care. Once the child is born alive with injuries, the relationship crystallizes and the claim for damages can be made. By contrast, the holding in *Montreal Tramways, supra*, is based in part on a legal fiction borrowed from the civil law. Once the child is born alive with injuries, it is “deemed to have been born at the time of the accident to the mother” (*per Lamont J.*, at p. 465).

17 For the purposes of this appeal, it is not necessary to resolve the differences apparent in the reasoning of *Montreal Tramways* and *Duval*. It is sufficient to observe that when a child sues some third party for prenatal negligence, the interests of the newborn and the mother are perfectly aligned. Neither approach addresses the physical unity of a pregnant woman and her foetus, or the post-natal conflict of interest between mother and child, which are raised in this appeal.

18 It must be added that in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, it was recognized that even where a duty of care exists, it may not be imposed for reasons of public policy. Although a duty of care to the born alive child may exist, for reasons of public policy, which will be explored later, that duty should not be imposed upon a pregnant woman. Matters of public policy are concerned with sensitive issues that involve far-reaching and unpredictable implications for Canadian society. It follows that the legislature is the more appropriate forum for the consideration of such problems and the implementation of legislative solutions to them.

#### B. *Imposing a Duty of Care in this Situation*

19 The test set out in *Kamloops, supra*, must be considered and applied in determining whether the

souffre d'un préjudice à la naissance est également raisonnablement prévisible. C'est ce caractère prévisible qui crée un lien suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence. Une fois que l'enfant est né vivant mais atteint d'un préjudice, le lien se cristallise et la demande de dommages-intérêts peut être présentée. À titre de comparaison, la décision dans *Montreal Tramways*, précité, repose en partie sur une fiction juridique empruntée au droit civil. Dès qu'il est né vivant, l'enfant atteint d'un préjudice est [TRADUCTION] «réputé né au moment de l'accident survenu à la mère» (le juge Lamont, à la p. 465).

Pour les fins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de résoudre les différences apparentes entre le raisonnement de l'arrêt *Montreal Tramways* et celui de la décision *Duval*. Il suffit de noter que lorsqu'un enfant poursuit un tiers pour une négligence commise avant sa naissance, les intérêts du nouveau-né et ceux de la mère concourent parfaitement. Aucune de ces approches n'aborde la question de l'unité physique de la femme enceinte et du foetus, ni celle du conflit d'intérêts postnatal entre la mère et son enfant, qui sont soulevées en l'espèce.

Il faut ajouter que dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, il a été reconnu que même s'il existe une obligation de diligence, elle peut ne pas être imposée pour des motifs touchant la politique publique. Bien qu'il puisse exister une obligation de diligence envers l'enfant né vivant, pour des motifs touchant la politique publique que nous approfondirons plus loin, cette obligation ne doit pas être imposée à la femme enceinte. Les questions concernant la politique publique sont des questions délicates qui comportent des répercussions imprévisibles et d'une grande portée pour la société canadienne. Il s'ensuit que l'assemblée législative est, en conséquence, le cadre le plus approprié pour l'examen de ces problèmes et la mise en œuvre de solutions législatives.

#### B. *L'imposition d'une obligation de diligence dans la présente situation*

Il faut appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops*, précité, pour déterminer si la mère

appellant mother should be held liable to her child in the present case. This analysis is particularly important in light of the significant policy consequences raised by this appeal. In *Kamloops*, it was held that before imposing a duty of care, the court must be satisfied: (1) that there is a sufficiently close relationship between the parties to give rise to the duty of care; and (2) that there are no public policy considerations which ought to negative or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed, or the damages to which a breach of it may give rise.

The first criterion may be satisfied if it is assumed that a pregnant woman and her foetus can be treated as distinct legal entities. It should be noted that this assumption might be seen as being contrary to the holding of McLachlin J. in *Winnipeg*, *supra*, at p. 945 that “the law has always treated the mother and unborn child as one”. Nonetheless, it is appropriate in the present case to assume, without deciding, that a pregnant woman and her foetus can be treated as separate legal entities. Based on this assumption, a pregnant woman and her foetus are within the closest possible physical proximity that two “legal persons” could be. With regard to foreseeability, it is clear that almost any careless act or omission by a pregnant woman could be expected to have a detrimental impact on foetal development. Indeed, the very existence of the foetus depends upon the pregnant woman. Thus, on the basis of the assumption of separate legal identities, it is possible to proceed to the more relevant analysis for the purposes of the present appeal, the second stage of the *Kamloops* test.

However, even if it is assumed that the first stage of the *Kamloops* test is satisfied, the public policy considerations in this case clearly indicate that a legal duty of care should not be imposed upon a pregnant woman towards her foetus or

appelante doit être tenue responsable vis-à-vis son enfant dans la présente affaire. Cette analyse est particulièrement importante en raison des graves conséquences d'ordre politique soulevées dans le présent pourvoi. Dans *Kamloops*, il a été décidé qu'avant d'imposer une obligation de diligence, la cour doit être convaincue 1) qu'il existe des relations suffisamment étroites entre les parties pour donner naissance à l'obligation de diligence, et 2) qu'il n'y a aucun motif touchant la politique publique de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu.

Il est possible de satisfaire au premier volet du critère si l'on présume que la femme enceinte et le fœtus qu'elle porte peuvent être traités comme des entités juridiques distinctes. Il convient de noter que cette présomption pourrait sembler contraire à la conclusion tirée par le juge McLachlin dans *Winnipeg*, précité, à la p. 945: «le droit a toujours considéré que la mère et l'enfant qu'elle porte ne formaient qu'une seule et même personne». Néanmoins, il convient en l'espèce de présumer, sans en décider, que la femme enceinte et le fœtus qu'elle porte peuvent être considérés comme des entités juridiques distinctes. Compte tenu de cette présomption, on ne saurait imaginer deux «personnes juridiques» plus près physiquement l'une de l'autre que la femme enceinte et le fœtus. En ce qui concerne la prévisibilité, il est clair que l'on peut s'attendre à ce que presque tout acte négligent ou omission négligente de la part d'une femme enceinte ait un effet préjudiciable sur le développement du fœtus. En fait, l'existence même du fœtus dépend de la femme enceinte. En conséquence, si l'on présume l'existence d'entités juridiques distinctes, il est possible de passer à l'analyse plus pertinente quant au présent pourvoi, celle du second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops*.

Cependant, même si l'on présume qu'il est satisfait au premier volet du critère de l'arrêt *Kamloops*, les considérations touchant la politique publique qui interviennent dans la présente affaire indiquent clairement qu'il n'y a pas lieu d'imposer

subsequently born child. The second branch of the *Kamloops* test requires a consideration of those public policy consequences which may negate or limit the imposition of such a duty of care upon mothers-to-be. Although increased medical knowledge makes the consequences of certain behaviour more foreseeable, and facilitates the establishment of a causative link in negligence suits, public policy must also be considered. Significant policy concerns militate against the imposition of maternal tort liability for prenatal negligence. These relate primarily to (1) the privacy and autonomy rights of women and (2) the difficulties inherent in articulating a judicial standard of conduct for pregnant women.

une obligation légale de diligence à la femme enceinte envers le fœtus qu'elle porte ou l'enfant né par la suite. Le deuxième volet du critère de l'arrêt *Kamloops* nécessite l'examen des motifs touchant la politique publique qui pourraient écarter ou restreindre l'assujettissement des futures mères à une telle obligation de diligence. Bien que l'avancement des connaissances médicales rende plus prévisibles les conséquences de certains comportements et facilite l'établissement d'un lien de causalité dans les poursuites pour négligence, il faut aussi tenir compte de la politique publique. D'importantes considérations d'ordre politique militent contre l'imposition d'une responsabilité délictuelle à la mère pour la négligence dont elle a fait preuve avant la naissance. Ces motifs concernent principalement 1) le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie et 2) les difficultés que suscite la formulation par les tribunaux d'une norme de conduite applicable aux femmes enceintes.

22 In addition, an intervener submitted that to impose a legal duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child would give rise to a gender-based tort, in contravention of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. That contention may be correct. However, in light of the conclusion reached with respect to the second branch of the *Kamloops* test, this case need not, and should not, be decided on *Charter* grounds. It cannot be forgotten that the parties did not address the *Charter*. Indeed, apart from the submissions of one intervener, no argument was put forward on the *Charter*. In those circumstances, it is inappropriate to resolve that issue in these reasons.

En outre, un intervenant a soutenu que l'imposition d'une obligation légale de diligence à la femme enceinte envers le fœtus qu'elle porte ou l'enfant auquel elle donne naissance par la suite engendrerait un délit fondé sur le sexe, contrairement au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il se peut que cette thèse soit fondée. Cependant, compte tenu des conclusions tirées relativement au second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops*, il n'est pas nécessaire et il n'y a pas lieu de trancher la présente affaire en fonction de la *Charte*. Il ne faut pas oublier que les parties n'ont pas invoqué la *Charte*. En fait, à part les observations présentées par l'un des intervenants, aucun des arguments soumis ne s'appuie sur la *Charte*. Dans les circonstances, il ne convient pas de trancher cette question dans les présents motifs.

### 1. Privacy and Autonomy Rights of Women

### 1. Le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie

23 First and foremost, for reasons of public policy, the Court should not impose a duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child. To do so would result in very extensive and unacceptable intrusions into the

D'abord et avant tout, pour des motifs touchant la politique publique, la Cour ne doit pas imposer à la femme enceinte une obligation de diligence envers le fœtus qu'elle porte ni l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. L'imposition d'une

bodily integrity, privacy and autonomy rights of women. It is true that Canadian tort law presently allows a child born alive and viable to sue a third-party for injuries which were negligently inflicted while *in utero*: *Montreal Tramways*, *supra*. However, of fundamental importance to the public policy analysis is the particularly unique relationship that exists between a pregnant woman and the foetus she carries.

(a) *Overview*

Pregnancy represents not only the hope of future generations but also the continuation of the species. It is difficult to imagine a human condition that is more important to society. From the dawn of history, the pregnant woman has represented fertility and hope. Biology decrees that it is only women who can bear children. Usually, a pregnant woman does all that is possible to protect the health and well-being of her foetus. On occasion, she may sacrifice her own health and well-being for the benefit of the foetus she carries. Yet it should not be forgotten that the pregnant woman — in addition to being the carrier of the foetus within her — is also an individual whose bodily integrity, privacy and autonomy rights must be protected.

The unique and special relationship between a mother-to-be and her foetus determines the outcome of this appeal. There is no other relationship in the realm of human existence which can serve as a basis for comparison. It is for this reason that there can be no analogy between a child's action for prenatal negligence brought against some third-party tortfeasor, on the one hand, and against his or her mother, on the other. The inseparable unity between an expectant woman and her foetus distinguishes the situation of the mother-to-be from that of a negligent third-party. The biological reality is that a pregnant woman and her foetus are bonded in a union. This was recognized in the majority reasons of McLachlin J. in *Winnipeg*, *supra*, at pp. 944-45:

telle obligation entraînerait des atteintes très graves et inacceptables au droit des femmes à l'intégrité physique, à la vie privée et à l'autonomie. Il est vrai que le droit canadien en matière de responsabilité délictuelle permet à l'enfant né vivant et viable de poursuivre un tiers pour le préjudice subi *in utero*: *Montreal Tramways*, précité. La relation singulière qui existe entre la femme enceinte et le foetus qu'elle porte revêt cependant une importance fondamentale pour l'analyse de la politique publique.

a) *Aperçu*

La grossesse représente non seulement l'espoir des générations futures mais également la continuité de l'espèce. L'on ne saurait imaginer phénomène humain plus important pour la société. Depuis le commencement du monde, la femme enceinte représente la fertilité et l'espoir. La biologie veut que seules les femmes puissent porter des enfants. En général, la femme enceinte fait tout ce qui est possible pour protéger la santé et le bien-être du foetus qu'elle porte. À l'occasion, elle peut sacrifier sa propre santé et son propre bien-être dans l'intérêt du foetus. Pourtant, il ne faut pas oublier que la femme enceinte — en plus d'être celle qui porte le foetus — est aussi un individu dont le droit à l'intégrité physique, à la vie privée et à l'autonomie doit être protégé.

La relation singulière entre la future mère et le foetus permet de trancher le présent pourvoi. Aucune autre relation dans la vie d'un être humain ne peut servir d'élément de comparaison. C'est pour cette raison qu'il ne peut y avoir aucune analogie entre l'action exercée par un enfant pour négligence commise avant sa naissance contre le tiers auteur d'un délit et celle qu'il dirige contre sa mère. Le fait que la femme enceinte et le foetus ne font qu'un distingue la situation de la future mère de celle du tiers négligent. La réalité biologique est que la femme enceinte et le foetus sont unis par des liens qui ne peuvent être rompus que par la naissance. Cela a été reconnu dans les motifs majoritaires du juge McLachlin dans l'arrêt *Winnipeg*, précité, aux pp. 944 et 945:

Before birth the mother and unborn child are one in the sense that “[t]he ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman”: *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408 (Comm.), at p. 415, applied in *Re F (in utero)*, [[1988] 2 All E.R. 193]. It is only after birth that the fetus assumes a separate personality. Accordingly, the law has always treated the mother and unborn child as one. To sue a pregnant woman on behalf of her unborn fetus therefore posits the anomaly of one part of a legal and physical entity suing itself.

Avant la naissance, la mère et l’enfant qu’elle porte ne font qu’un en ce sens que [TRADUCTION] «[l]a vie du foetus est intimement liée à celle de la femme enceinte et ne peut être considérée séparément»: *Paton c. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408 (Comm.), à la p. 415, appliqué dans *Re F (in utero)*, [[1988] 2 All E.R. 193]. Ce n’est qu’après la naissance que le foetus acquiert une personnalité distincte. Par conséquent, le droit a toujours considéré que la mère et l’enfant qu’elle porte ne formaient qu’une seule et même personne. Intenter une poursuite contre une femme enceinte au nom du foetus, c’est poser en principe une anomalie puisqu’une partie d’une entité juridique et physique agirait en justice contre elle-même.

26

It was recognized in both *Montreal Tramways*, *supra*, and *Duval*, *supra*, that the strongest argument for imposing a duty of care upon third parties towards unborn children is that tort law is designed to provide compensation for harm caused by negligence and, to a lesser extent, to deter tortfeasors. It was submitted that to deny recognition to the type of action at issue in this appeal could leave an infant plaintiff without the protection and compensation provided by tort law, solely because the defendant is his or her mother. Accordingly, it was argued that the compensatory principle should be the basis for the imposition of a similar duty of care upon expectant women.

Il a été reconnu, tant dans *Montreal Tramways*, précité, que dans *Duval*, précité, que l’argument le plus solide à l’appui de l’imposition d’une obligation de diligence aux tiers envers les enfants non encore nés est que le droit en matière de responsabilité délictuelle vise à réparer le dommage causé par la négligence et, dans une moindre mesure, à dissuader les gens à commettre des délits. On a soutenu que refuser de reconnaître le genre d’action en cause dans le présent pourvoi aurait pour effet de priver l’enfant en bas âge demandeur de la protection et de la réparation prévues par le droit en matière de responsabilité délictuelle pour l’unique raison que la défenderesse est sa mère. On a donc invoqué le principe indemnitaire pour fonder l’imposition d’une obligation de diligence similaire à la femme enceinte.

27

Yet, this argument fails to take into account the fundamental difference between a mother-to-be and a third-party defendant. The unique relationship between a pregnant woman and her foetus is so very different from the relationship with third parties. Everything the pregnant woman does or fails to do may have a potentially detrimental impact on her foetus. Everything the pregnant woman eats or drinks, and every physical action she takes, may affect the foetus. Indeed, the foetus is entirely dependent upon its mother-to-be. Although the imposition of tort liability on a third party for prenatal negligence advances the interests of both mother and child, it does not significantly impair the right of third parties to control their own lives. In contrast to the third-party defendant, a pregnant woman’s every waking and sleeping

Cet argument ne tient pas compte de la différence fondamentale qui existe entre la future mère et le tiers défendeur. La relation exceptionnelle entre la femme enceinte et le foetus qu’elle porte est tellement différente des rapports avec les tiers. Tout ce que la femme enceinte fait ou omet de faire est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur le foetus. Tout ce que la femme enceinte mange ou boit et chacun de ses actes peuvent avoir une incidence sur le foetus. En réalité, le foetus dépend entièrement de sa future mère. Bien que l’imposition d’une responsabilité délictuelle aux tiers pour la négligence dont ils ont fait preuve avant la naissance favorise autant les droits de la mère que ceux de l’enfant, elle ne porte aucune atteinte majeure au droit des tiers de contrôler leur propre vie. Contrairement au tiers défendeur, chaque instant de

moment, in essence, her entire existence, is connected to the foetus she may potentially harm. If a mother were to be held liable for prenatal negligence, this could render the most mundane decision taken in the course of her daily life as a pregnant woman subject to the scrutiny of the courts.

Is she to be liable in tort for failing to regulate her diet to provide the best nutrients for the foetus? Is she to be required to abstain from smoking and all alcoholic beverages? Should she be found liable for failing to abstain from strenuous exercise or unprotected sexual activity to protect her foetus? Must she undertake frequent safety checks of her premises in order to avoid falling and causing injury to the foetus? There is no rational and principled limit to the types of claims which may be brought if such a tortious duty of care were imposed upon pregnant women.

Whether it be considered a life-giving miracle or a matter of harsh reality, it is the biology of the human race which decrees that a pregnant woman must stand in a uniquely different situation to her foetus than any third-party. The relationship between a pregnant woman and her foetus is of fundamental importance to the future mother and her born alive child, to their immediate family and to our society. So far as the foetus is concerned, this relationship is one of complete dependence. As to the pregnant woman, in most circumstances, the relationship is marked by her complete dedication to the well-being of her foetus. This dedication is profound and deep. It affects a pregnant woman physically, psychologically and emotionally. It is a very significant factor in this uniquely important relationship. The consequences of imposing tort liability on mothers for prenatal negligence raise vastly different considerations, and

veille et chaque instant de sommeil de la femme enceinte — essentiellement, toute son existence — a un lien avec le fœtus, auquel elle est susceptible de porter préjudice. S'il fallait tenir la mère responsable de la négligence dont elle fait preuve avant la naissance, les décisions les plus banales de la vie quotidienne de la femme enceinte pourraient faire l'objet d'un examen par les tribunaux.

Sa responsabilité délictuelle doit-elle être engagée pour le motif qu'elle n'a pas suivi un régime alimentaire permettant de fournir au fœtus les éléments les plus nutritifs? Doit-elle être tenue de s'abstenir de fumer et de consommer des boissons alcoolisées? Doit-elle être tenue responsable de ne pas avoir protégé le fœtus qu'elle porte en se livrant à des exercices violents ou en ayant des rapports sexuels non protégés? Doit-elle procéder à des contrôles de sécurité fréquents de son lieu d'habitation afin d'éviter de chuter et de causer un préjudice au fœtus? Si les femmes enceintes se voyaient imposer une telle obligation de diligence en matière de responsabilité délictuelle, rien ne limiterait sur le plan de la logique ni sur celui des principes le genre d'actions qui pourraient être intentées.

Miracle de la vie ou dure réalité, il reste que la biologie humaine fait en sorte que la femme enceinte se trouve, par rapport au fœtus, dans une situation exceptionnellement différente de celle des tiers. La relation entre la femme enceinte et le fœtus revêt une importance fondamentale pour la future mère, pour l'enfant né vivant, pour les membres de leur famille immédiate et pour notre société. Du point de vue du fœtus, il s'agit d'une relation de dépendance totale. Quant à la femme enceinte, sa relation est caractérisée, dans la plupart des cas, par un entier dévouement au bien-être du fœtus qu'elle porte. Ce dévouement est profond. Il se manifeste chez la femme enceinte sur les plans physique, psychologique et émotionnel. Il constitue un élément essentiel de cette relation exceptionnellement importante. L'imposition d'une responsabilité délictuelle pour la négligence commise avant la naissance à la mère et son

will have fundamentally different results, from the imposition of such liability on third parties.

imposition à un tiers soulèveront des considérations extrêmement différentes et, quand on en vient à l'essentiel, produiront des effets à l'avenant.

30

In *Winnipeg, supra*, the majority rejected an argument which sought to extend tort principles in order to justify the forced confinement and treatment of a pregnant woman with a glue-sniffing addiction, as a means of protecting her foetus. McLachlin J. observed that difficult legal and social issues arise in examining the policy considerations under the second branch of the *Kamloops* test. First, the recognition of a duty of care owed by a pregnant woman to her foetus has a very real potential to intrude upon that woman's fundamental rights. Any intervention may create a conflict between a pregnant woman as an autonomous decision-maker and the foetus she carries. Second, the judicial definition of an appropriate standard of care is fraught with insoluble problems due to the difficulty of distinguishing tortious and non-tortious behaviour in the daily life of an expectant woman. Third, certain so-called lifestyle "choices" such as alcoholism and drug addiction may be beyond the control of the pregnant woman, and hence the deterrent value of the imposition of a duty of care may be non-existent. Lastly, the imposition of a duty of care upon a pregnant woman towards her foetus could increase, to an unwarranted degree, the level of external scrutiny focussed upon her. In *Winnipeg, supra*, it was held that the lifestyle choices of a pregnant woman should not be regulated because to do so would result in an unacceptably high degree of intrusion into her privacy and autonomy rights. If that is so, then it follows that negligent acts resulting from unreasonable lapses of attention, which may so often occur in the course of a pregnant woman's daily life, should not form the basis for the imposition of tort liability on mothers.

Dans *Winnipeg*, précité, les juges majoritaires ont rejeté l'argument selon lequel les principes de la responsabilité délictuelle devaient être élargis pour justifier l'internement et le traitement forcés d'une femme enceinte qui inhalait de la colle afin de protéger le foetus qu'elle portait. Le juge McLachlin a fait remarquer que l'examen des considérations d'ordre politique visées par le second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops* soulevait des questions difficiles sur les plans juridique et social. Premièrement, la reconnaissance de l'obligation de diligence de la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte risque très sérieusement d'empiéter sur les droits fondamentaux de la femme. Toute intervention est susceptible d'engendrer un conflit entre la femme enceinte, en tant que décideur autonome, et le foetus qu'elle porte. Deuxièmement, la définition par les tribunaux d'une norme de diligence appropriée suscite des problèmes insolubles en raison de la difficulté de distinguer le comportement délictueux du comportement non délictueux dans la vie quotidienne de la femme enceinte. Troisièmement, certains prétendus «choix» de mode de vie, comme l'alcoolisme et la dépendance à la drogue, peuvent être indépendants de la volonté de la femme enceinte, ce qui est susceptible d'enlever tout effet dissuasif à l'imposition d'une obligation de diligence. Enfin, l'assujettissement de la femme enceinte à une obligation de diligence envers le foetus qu'elle porte pourrait la soumettre, dans une mesure injustifiée, à un examen externe plus approfondi. Dans *Winnipeg*, précité, il a été décidé que les choix de mode de vie de la femme enceinte ne doivent pas être réglementés en raison de l'empiètement inacceptable qui en résulterait sur son droit à la vie privée et à l'autonomie. Si c'est le cas, il s'ensuit alors que les actes négligents causés par des moments d'inattention déraisonnables, comme cela peut se produire si souvent au cours de la vie quotidienne d'une femme enceinte, ne doivent pas fonder l'imposition de la responsabilité délictuelle aux mères.

On behalf of the infant respondent, it was argued that the reasoning in *Winnipeg* is not determinative because it dealt with the standing of the foetus to sue while still *in utero*. In *Winnipeg*, the foetus which sought the detention of its mother-to-be was not a legal person and possessed no legal rights. By contrast, the present action is brought on behalf of an infant born alive whose legal rights and interests vested at the moment of birth. In other words, the sole issue in this appeal is whether a child born alive — as opposed to a foetus — should be able to recover damages for prenatal negligence from every person except his or her mother. Despite the important legal distinction between a foetus and a child born alive, as a matter of social policy and pragmatic reality, both situations involve the imposition of a duty of care upon a pregnant woman towards either her foetus or her subsequently born child. To impose either duty of care would require judicial scrutiny into every aspect of that woman's behaviour during pregnancy. Irrespective of whether the duty of care is imposed upon a pregnant woman towards her foetus or her subsequently born child, both would involve severe intrusions into the bodily integrity, privacy and autonomous decision-making of that woman. Accordingly, the policy concerns raised by McLachlin J. in *Winnipeg* are equally pertinent to this appeal.

I am strengthened in this conclusion by the final report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies, *Proceed with Care* (1993), vol. 2, which rejected judicial interventions in pregnancy and birth. The Commission expressed its concern with these same policy issues, and recognized the need to ensure support for pregnant women and their foetuses without interfering with the privacy interests and physical autonomy of those women. It articulated its position in the following way (at pp. 955-56):

On a soutenu, au nom de l'enfant en bas âge intimé, que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Winnipeg* n'était pas décisif parce qu'il portait sur la question de savoir si le foetus avait qualité pour agir en justice *in utero*. Dans cette affaire, le foetus qui demandait la détention de sa future mère ne jouissait pas de la personnalité juridique et ne possédait aucun droit. Par contraste, la présente action est intentée au nom d'un enfant né vivant, dont les droits se sont cristallisés au moment de la naissance. En d'autres termes, la seule question faisant l'objet du présent pourvoi est de savoir si l'enfant né vivant — par opposition au foetus — doit pouvoir réclamer à tous, sauf à sa mère, des dommages-intérêts pour une négligence commise avant sa naissance. Même si le droit fait une distinction importante entre le foetus et l'enfant né vivant, vu sous l'angle de la politique sociale et de la réalité pragmatique, il est question dans les deux cas d'imposer une obligation de diligence à la femme enceinte soit à l'égard du foetus qu'elle porte, soit à l'égard de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Dans les deux cas, les tribunaux seraient obligés d'examiner attentivement chacune des facettes du comportement de la femme pendant sa grossesse. Que l'obligation de diligence pesant sur la femme enceinte concerne le foetus qu'elle porte ou l'enfant auquel elle donne naissance par la suite, il y aura dans un cas comme dans l'autre, atteinte grave à l'intégrité physique de la femme, à son droit à la vie privée et à son autonomie sur le plan décisionnel. Par conséquent, les considérations d'ordre politique soulevées par le juge McLachlin dans *Winnipeg* sont également pertinentes dans le cadre du présent pourvoi.

Cette conclusion est renforcée par le rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, intitulé *Un virage à prendre en douceur* (1993), vol. 2, qui s'est prononcée contre l'intervention des tribunaux pour ce qui concerne la grossesse et la naissance. La Commission s'est dite préoccupée par les mêmes questions d'ordre politique et elle a reconnu la nécessité de soutenir les femmes enceintes et les foetus sans porter atteinte au droit de ces femmes à la vie privée et à l'autonomie physique. Elle a formulé ainsi sa position (à la p. 1082):

Permitting judicial intervention therefore has serious implications for the autonomy of individual women and for the status of women collectively in our society. All individuals have the right to make personal decisions, to control their bodily integrity, and to refuse unwanted medical treatment. These are not mere legal technicalities; they represent some of the most deeply held values in society and form the basis for fundamental and constitutional human rights.

A woman has the right to make her own choices, whether they are good or bad, because it is the woman whose body and health are affected, the woman who must live with her decision, and the woman who must bear the consequences of that decision for the rest of her life.

33 Thus, it was the far-reaching implications for the privacy and autonomy rights of pregnant women which caused the Commission to recommend specifically that “civil liability never be imposed upon a woman for harm done to her fetus during pregnancy” (p. 964).

34 At trial, Miller J. observed that the existing jurisprudence permits recovery from third parties, and permits a child to sue his or her parents for postnatal negligence. He held that to permit an action by a child against his mother for prenatal negligence is a “reasonable progression” in tort jurisprudence. With respect, I believe that the imposition of a duty of care upon pregnant women in these circumstances cannot be characterized as a reasonable progression. Rather, in my view, it constitutes a severe intrusion into the lives of pregnant women, with attendant and potentially damaging effects on the family unit. This case raises social policy concerns of a very real significance. Indeed, they are of such magnitude that they are more properly the subject of study, debate and action by the legislature.

Autoriser l'intervention judiciaire a donc de graves conséquences pour l'autonomie individuelle des femmes, ainsi que pour leur statut collectif dans notre société. Tout le monde a le droit de prendre des décisions personnelles, de préserver l'intégrité de son corps et de refuser des traitements médicaux. Ce ne sont pas là simples technicalités juridiques, mais bien l'expression de certaines des valeurs les plus chères à notre société, sur lesquelles reposent les droits fondamentaux et constitutionnels de la personne.

La femme a le droit de faire ses propres choix, qu'ils soient bons ou mauvais, parce que c'est son corps et sa santé qui sont en cause et que c'est elle qui doit subir les conséquences de sa décision pour le reste de ses jours.

Ce sont donc les conséquences d'une portée considérable sur le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie qui ont poussé la Commission à recommander expressément «qu'on n'intente jamais de poursuite en responsabilité civile contre une femme pour le mal causé à son fœtus pendant la grossesse» (p. 1092).

En première instance, le juge Miller a fait remarquer que la jurisprudence actuelle autorise le dédommagement de la victime par les tiers et permet à l'enfant d'agir contre ses parents pour une négligence commise après la naissance. Il a décidé que permettre à l'enfant d'exercer une action contre sa mère pour négligence commise avant sa naissance, c'est admettre une «évolution raisonnable» de la jurisprudence en matière délictuelle. Avec égards, j'estime que l'imposition d'une obligation de diligence à la femme enceinte dans ces circonstances ne saurait être qualifiée d'évolution raisonnable. Selon moi, il s'agit plutôt d'une ingérence nouvelle et grave dans la vie de la femme enceinte avec tout ce que cela peut comporter d'effets négatifs pour la cellule familiale. La présente affaire fait intervenir des considérations touchant la politique sociale d'une importance très réelle. De fait, leur portée est telle qu'il est préférable de laisser au législateur le soin de les étudier, d'en débattre et de prendre les mesures qu'il juge nécessaire.

(b) *Position in the United Kingdom*

A similar concern with the privacy and autonomy rights of women led the Parliament of the United Kingdom to fashion a rule of maternal tort immunity for prenatal negligence, with a limited exception for negligent driving. This legislative solution is set out in the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (U.K.), s. 1(1), and will be discussed in greater detail below. However, it should be noted at this point that, in its memorandum to the U.K. Law Commission, the Bar Council emphasized the social policy concerns inherent in the issue on appeal:

We recognise that logic and principle dictate that if a mother's negligent act or omission during or before pregnancy causes injury to a foetus, she should be liable to her child when born for the wrong done. But we have no doubt at all that in any system of law there are areas in which logic and principle ought to yield to social acceptability and natural sentiment and that this particular liability lies in such an area. [Emphasis added.]

(Law Com. No. 60, "Report on Injuries to Unborn Children" Cmnd. 5709 in *Law Commission Reports* (1979), vol. 5, at para. 55.)

Although the law of torts has traditionally been the province of the courts, to impose tort liability on mothers for prenatal negligence would have consequences which are impossible for the courts to assess adequately. This development would involve extensive intrusions and frequently unpredictable effects on the rights of bodily integrity, privacy and autonomous decision-making of pregnant women. The resolution of such fundamental policy issues is a matter best left to the legislature. In the United Kingdom, it was Parliament that provided a carefully tailored and minimally intrusive legislative scheme of motor vehicle insurance coverage. It was designed to provide a measure of compensation for a child who sustains prenatal injuries as a result of the negligent driving of his or

(b) *La position adoptée au Royaume-Uni*

Une préoccupation similaire concernant le droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie a mené le Parlement du Royaume-Uni à élaborer une règle qui confère à la mère l'immunité en matière délictuelle pour la négligence commise avant la naissance, mais comporte une exception limitée à l'égard de la négligence au volant. Cette solution législative est prévue par la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (R.-U.), par. 1(1), et sera analysée plus à fond par la suite. Il faut cependant souligner, à ce stade-ci, que, dans le mémoire qu'il a présenté à la Law Commission du Royaume-Uni, le Bar Council a mis l'accent sur les considérations touchant la politique sociale qui sont inhérentes à la question faisant l'objet du présent pourvoi:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons que sur le plan des principes et de la logique, si par un acte ou une omission attribuable à la négligence, la mère cause un préjudice au fœtus avant ou pendant la grossesse, elle devrait être tenue responsable, après la naissance de son enfant, du dommage subi par ce dernier. Mais nous savons parfaitement que, dans tout système juridique, il existe des domaines où la logique et les principes doivent s'incliner devant ce qui est acceptable socialement et devant les sentiments naturels, et que ce domaine particulier de responsabilité en est un. [Je souligne.]

(Law Com. No. 60, «Report on Injuries to Unborn Children» Cmnd. 5709 in *Law Commission Reports* (1979), vol. 5, au par. 55.)

Bien que le droit de la responsabilité délictuelle relève traditionnellement des tribunaux, tenir la mère délictuellement responsable d'une négligence commise avant la naissance aurait des conséquences qu'il est impossible pour les tribunaux d'évaluer de façon adéquate. Cette évolution aux effets souvent imprévisibles entraînerait des atteintes considérables au droit à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie décisionnelle de la femme enceinte. Il est préférable de laisser au législateur le soin de trancher ces questions d'ordre politique fondamentales. Au Royaume-Uni, c'est le Parlement qui a établi un régime législatif d'assurance-automobile élaboré avec soin afin d'être le moins attentatoire possible. Ce régime vise à assurer dans une certaine mesure l'indemnisation de

her mother. Yet, it provides protection for mothers by prohibiting claims against them beyond the limits of their insurance policies.

(c) *American Case Law*

37

The American cases indicate that there is no judicial consensus on the issue of maternal tort liability for prenatal negligence, in the context of motor vehicle accidents or otherwise. However, in *Stallman v. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (1988), the Supreme Court of Illinois declined to recognize a cause of action by a foetus, subsequently born alive, against his or her mother for the unintentional infliction of prenatal injuries caused by her negligent driving. Cunningham J. held that to impose a duty of care in this context would infringe the mother's rights of privacy and bodily integrity. His decision emphasized the policy concerns which militate against imposing tort liability on mothers for prenatal negligence. He articulates his position in this manner (at pp. 359-60):

It is clear that the recognition of a legal right to begin life with a sound mind and body on the part of a fetus which is assertable after birth against its mother would have serious ramifications for all women and their families, and for the way in which society views women and women's reproductive abilities. The recognition of such a right by a fetus would necessitate the recognition of a legal duty on the part of the woman who is the mother; a legal duty, as opposed to a moral duty, to effectuate the best prenatal environment possible.

Holding a third person liable for prenatal injuries furthers the interests of both the mother and the subsequently born child and does not interfere with the defendant's right to control his or her own life. Holding a mother liable for the unintentional infliction of prenatal injuries subjects to State scrutiny all the decisions a woman must make in attempting to carry a pregnancy to term, and infringes on her right to privacy and bodily autonomy.

l'enfant qui a subi un préjudice prénatal résultant de la négligence de sa mère au volant. Pourtant, il protège les mères en interdisant les réclamations supérieures à la limite de leur police d'assurance.

c) *La jurisprudence américaine*

La jurisprudence américaine n'est pas fixée sur la question de la responsabilité délictuelle de la mère pour négligence commise avant la naissance, qu'il s'agisse d'un accident d'automobile ou d'un autre contexte. Toutefois, dans la décision *Stallman c. Youngquist*, 531 N.E.2d 355 (1988), la Cour suprême de l'Illinois a refusé de reconnaître au foetus, né vivant par la suite, une cause d'action contre sa mère pour le préjudice involontairement causé avant la naissance par la négligence au volant de cette dernière. Le juge Cunningham a conclu que l'imposition d'une obligation de diligence dans ce contexte porterait atteinte au droit de la mère à la vie privée et à l'intégrité physique. Sa décision fait ressortir les considérations d'ordre politique qui militent contre l'imposition d'une responsabilité délictuelle aux mères pour la négligence commise avant la naissance. Il a formulé ainsi sa position (aux pp. 359 et 360):

[TRADUCTION] À l'évidence, la reconnaissance du droit du foetus de commencer sa vie en ayant un esprit et un corps sains qu'il pourra opposer après la naissance à sa mère aurait des répercussions graves sur toutes les femmes et leurs familles, et sur la façon dont la société considère les femmes et leur capacité reproductrice. La reconnaissance d'un tel droit au foetus exigerait la reconnaissance d'une obligation légale pesant sur la femme qui est la mère; une obligation légale, par opposition à une obligation morale, de s'assurer du meilleur environnement prénatal possible.

Tenir un tiers responsable du préjudice prénatal favorise les droits de la mère et de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite et ne porte pas atteinte au droit du défendeur de mener sa vie. Retenir la responsabilité de la mère pour le préjudice involontairement infligé avant la naissance soumet à l'examen minutieux de l'État toutes les décisions qu'une femme doit prendre pour tenter de mener sa grossesse à terme, et porte atteinte à son droit à la vie privée et à l'intégrité physique.

The relationship between a pregnant woman and her fetus is unlike the relationship between any other plaintiff and defendant. No other plaintiff depends exclusively on any other defendant for everything necessary for life itself. No other defendant must go through biological changes of the most profound type, possibly at the risk of her own life, in order to bring forth an adversary into the world. It is, after all, the whole life of the pregnant woman which impacts on the development of the fetus. As opposed to the third-party defendant, it is the mother's every waking and sleeping moment which, for better or worse, shapes the prenatal environment which forms the world for the developing fetus. That this is so is not a pregnant woman's fault: it is a fact of life.

In the case of *Bonte, supra*, a child sued his mother for injuries sustained as a result of her negligent failure to use a designated crosswalk when she was seven months pregnant. The three-to-two split in the Supreme Court of New Hampshire, in favour of allowing the infant's cause of action to proceed, is typical of the division of judicial opinion in the United States. The reasons of Thayer J., for the majority, reflect those of the trial judge in the instant appeal. Thayer J. recognized the infant's cause of action for the following reasons (at p. 466):

Because our cases hold that a child born alive may maintain a cause of action against another for injuries sustained while in utero, and a child may sue his or her mother in tort for the mother's negligence, it follows that a child born alive has a cause of action against his or her mother for the mother's negligence that caused injury to the child when in utero.

With respect, I believe that the public policy considerations are paramount in this appeal. Accordingly, I agree with the dissenting decision of Brock C.J. and Batchelder J., which eloquently echoes the policy concerns that pertain to this difficult case (at p. 467):

Holding a third party liable for negligently inflicted prenatal injuries furthers the child's legal right to begin life free of injuries caused by the negligence of others,

La relation entre la femme enceinte et le fœtus qu'elle porte est différente de celle qui existe entre les autres demandeurs et les autres défendeurs. Aucun autre demandeur ne dépend entièrement du défendeur pour tout ce qui est nécessaire à la vie elle-même. Aucun autre défendeur ne doit subir de profondes transformations biologiques, peut-être même au risque de sa propre vie, pour donner naissance à la partie adverse. Après tout, c'est l'ensemble de la vie de la femme enceinte qui a des effets sur le développement du fœtus. Contrairement au cas du tiers défendeur, chaque moment de veille et chaque moment de sommeil de la mère forment, pour le meilleur et pour le pire, l'environnement prénatal qui constitue le monde du fœtus en croissance. La femme enceinte n'y est pour rien: il s'agit d'une réalité de la vie.

Dans l'affaire *Bonte*, précitée, un enfant a poursuivi sa mère pour le préjudice résultant de son omission d'utiliser le passage à piétons prévu lorsqu'elle était enceinte de sept mois. La décision majoritaire (trois contre deux) de la Cour suprême du New Hampshire, qui a autorisé la poursuite de l'enfant, est caractéristique de la division de la jurisprudence aux États-Unis. Les motifs du juge Thayer, s'exprimant au nom de la majorité, reflètent ceux du juge de première instance dans le présent pourvoi. Le juge Thayer a reconnu la cause d'action de l'enfant en bas âge pour les motifs suivants (à la p. 466):

[TRADUCTION] Parce que notre jurisprudence admet que l'enfant né vivant peut avoir une cause d'action contre un tiers pour le préjudice subi *in utero* et que l'enfant peut intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère pour négligence, il s'ensuit que l'enfant né vivant a une cause d'action contre sa mère dont la négligence est à l'origine du préjudice subi *in utero* par l'enfant.

Avec égards, je crois que les considérations touchant la politique publique revêtent une extrême importance dans le présent pourvoi. Par conséquent, je suis d'accord avec la décision dissidente du juge en chef Brock et du juge Batchelder, laquelle reflète de façon éloquente les considérations d'ordre politique que soulève cette affaire difficile (à la p. 467):

[TRADUCTION] Tenir un tiers responsable du préjudice prénatal infligé par négligence favorise le droit de l'enfant de commencer sa vie libre de tout préjudice causé

but does not significantly restrict the behavior or actions of the defendant beyond the limitations already imposed by the duty owed to the world at large by long standing rules of tort law. Third parties, despite this recently imposed duty to the fetus, are able to continue to act much as they did before the cause of action was recognized. Imposing the same duty on the mother, however, will constrain her behavior and affirmatively mandate acts which have traditionally rested solely in the province of the individual free from judicial scrutiny, guided, until now, by the mother's sense of personal responsibility and moral, not legal, obligation to her fetus.

Although it is true that the law may impose liability based on the special relationship between certain parties, we can think of no existing legal duty analogous to this one, which could govern such details of a woman's life as her diet, sleep, exercise, sexual activity, work and living environment, and, of course, nearly every aspect of her health care. Imposing a legal duty upon a mother to her fetus creates a legal relationship which is irrefutably unique.

par la négligence des autres, mais cela n'oblige pas le défendeur à respecter dans son comportement ou ses actes des limites beaucoup plus sévères que celles qu'imposent les obligations auxquelles il est tenu envers la société en général en vertu des règles bien établies de la responsabilité délictuelle. En dépit des obligations récemment imposées aux tiers à l'égard du fœtus, ceux-ci peuvent continuer d'agir généralement comme ils le faisaient avant que cette cause d'action ne soit reconnue. Toutefois, imposer les mêmes obligations à la mère aura pour effet d'encadrer son comportement et de la contraindre à accomplir des actes relevant traditionnellement du libre choix de la personne et échappant au contrôle des tribunaux, puisqu'ils étaient jusqu'ici guidés par le sens des responsabilités personnelles et du devoir moral, et non légal, qu'éprouve la mère envers le fœtus.

Bien qu'il soit vrai que la loi impose parfois une responsabilité fondée sur la relation particulière existant entre certaines parties, nous ne pouvons imaginer aucun devoir légal existant analogue à cette obligation qui pourrait régir des aspects aussi précis de la vie d'une femme que son régime alimentaire, son sommeil, l'exercice qu'elle fait, ses relations sexuelles, son milieu de travail et de vie, et, naturellement, presque toutes les facettes des soins de santé qu'elle reçoit. Imposer un devoir légal à la mère à l'égard du fœtus crée une relation juridique sans contredit exceptionnelle.

40

The willingness of the trial judge and the New Brunswick Court of Appeal to impose tort liability on mothers for prenatal negligence appears to be based in large part on principles of tort law which, to date, have been applied solely to negligent third parties. The infant respondent argues that these general principles, which may result in third-party liability, may equally result in maternal prenatal liability. Yet, I agree with the position put forward by the dissent in *Bonte*, which was expressed as follows: "[W]hether to subject the day-to-day decisions and acts of a woman concerning her pregnancy to judicial scrutiny is not properly a question to be decided by a mechanical application of logic" (p. 467).

L'empressement du juge de première instance et de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick à imposer une responsabilité délictuelle à la mère pour la négligence commise avant la naissance paraît fondée dans une large mesure sur les principes du droit de la responsabilité délictuelle qui jusqu'ici avaient été appliqués uniquement aux tiers négligents. L'enfant en bas âge intimé soutient que ces principes généraux dont l'application peut engager la responsabilité d'un tiers peuvent également permettre de retenir la responsabilité de la mère pour un préjudice prénatal. Pourtant, je suis d'accord avec la position avancée dans les motifs dissidents de l'arrêt *Bonte*, laquelle a été exprimée comme suit: [TRADUCTION] «[L]a question de savoir s'il faut soumettre au contrôle des tribunaux les décisions et les actes quotidiens d'une femme relativement à sa grossesse ne peut pas être tranchée par une application automatique de la logique» (p. 467).

Rather, it is the policy concerns, so central to this issue, which should determine whether tort liability should be imposed on mothers for prenatal negligence. With the greatest respect, I am of the view that the judgments below failed to appreciate fully the extensive intrusion into the privacy and autonomy rights of women that would be required by the imposition of tort liability on mothers for prenatal negligence. Such a rule of law would have profound implications and consequences for all Canadian women who are or may become pregnant.

(d) *Consequences of Recognizing this Cause of Action*

There are many circumstances in which the acts or failures to act of a pregnant woman may constitute negligence and result in injury to her foetus. A general social survey indicates that of all the types of accidents in which women were involved, 28 percent occurred in motor vehicles and 21 percent occurred in the home: Statistics Canada, Catalogue No. 82-003, *Health Reports* (1995), vol. 7, No. 2, at p. 12. In addition, for hospital admissions due to unintentional falls, the place of occurrence is the home for 47 percent of the females who reported injuries: Canadian Institute for Health Information, *National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96* (1998), at p. 57. If a legal duty of care is imposed upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child, such accidents, if they occur while the woman is pregnant, could be characterized as prenatal negligence and result in tort liability.

Moreover, a pregnant woman will very often choose, or be compelled by economic reality, to continue her employment in order to support and maintain, or to assist in the support and maintenance, of her family. It seems clear that imposing a legal duty of care upon a pregnant woman would adversely affect that woman's ability to work during pregnancy. Indeed, all of the legal problems

C'est plutôt à la lumière des considérations d'ordre politique, si cruciales dans la présente affaire, que doit être tranchée la question de savoir si les mères doivent encourir une responsabilité délictuelle pour la négligence commise avant la naissance. Avec égards, j'estime que les jugements des instances inférieures n'ont pas bien mesuré l'ampleur de l'atteinte au droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie qu'entraînerait l'imposition d'une responsabilité délictuelle aux mères pour la négligence commise avant la naissance. Une règle de droit de cette nature aurait des effets profonds sur toutes les Canadiennes qui sont enceintes ou sont susceptibles de le devenir.

d) *Les conséquences de la reconnaissance de cette cause d'action*

Il existe une multitude de situations dans lesquelles les actes ou les omissions de la femme enceinte peuvent constituer de la négligence et causer un préjudice au foetus qu'elle porte. Une enquête sociologique générale indique que, de tous les types d'accidents dans lesquels les femmes sont impliquées, 28 p. 100 ont trait aux véhicules à moteur, tandis que 21 p. 100 se produisent à la maison: Statistique Canada, Catalogue n° 82-003, *Rapports sur la santé* (1995), vol. 7, n° 2, à la p. 12. De plus, 47 p. 100 des femmes hospitalisées en raison de chutes involontaires ayant causé des blessures ont subi cet accident à la maison: Institut canadien d'information sur la santé, *National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96* (1998), à la p. 57. Si une obligation légale de diligence était imposée à la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite, un tel accident survenu pendant la grossesse, pourrait être qualifié de négligence avant la naissance et entraîner une responsabilité délictuelle.

De plus, la femme enceinte choisit très souvent, ou est forcée par la réalité économique, de continuer de travailler afin de subvenir aux besoins, ou d'aider à subvenir aux besoins, de sa famille. Il est indéniable qu'imposer une obligation légale de diligence à la femme enceinte aurait des conséquences négatives sur sa capacité de travailler pendant la grossesse. En effet, l'ensemble des pro-

41

42

43

inherent in maternal tort liability for prenatal negligence, in the context of household and highway accidents, are equally apparent in the workplace setting. Statistical data indicates that, of all the accidents in which women were injured, 14 percent occurred in the course of employment: *Health Reports, supra*, at p. 12.

blèmes juridiques inhérents à la responsabilité délictuelle de la mère pour la négligence commise avant la naissance, à la maison et sur la route, se présentent aussi dans le milieu de travail. Les statistiques montrent que, de tous les accidents où des femmes sont blessées, 14 p. 100 se produisent dans l'exercice de leurs fonctions: *Rapports sur la santé, op. cit.*, à la p. 12.

44

Whether it be in the household, on the roadways, or in the workplace, the imposition of a duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child could render that woman liable in tort, even in situations where her conduct could not possibly affect a third-party. A mother could be held liable in tort for negligent acts or defaults, which occurred while she was pregnant and alone, and which subsequently caused damages to her born alive child. This could include the careless performance of household activities — such as preparing meals, carrying loads of laundry, or shovelling snow — while alone in the home. It could include the negligent operation of any motor vehicle — be it for personal, family or work-related purposes — even if no third-party could possibly be affected. A mother who injured her foetus in a careless fall, or who had an unreasonable lapse of attention in the home, at work or on the roadways, could potentially be held liable in tort for the damages suffered by her born alive child. The imposition of tort liability in those circumstances would significantly undermine the privacy and autonomy rights of women.

Que ce soit au foyer, sur les routes ou en milieu de travail, l'imposition d'une obligation de diligence à la femme enceinte à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite pourrait engager sa responsabilité délictuelle, même dans des situations où sa conduite ne pourrait absolument pas avoir d'incidence sur un tiers. La responsabilité délictuelle de la mère pourrait être retenue pour des omissions ou des actes négligents qui ont été commis pendant la grossesse, alors qu'elle se trouvait seule, et qui ont par la suite causé un dommage à son enfant né vivant. Cela pourrait viser l'exécution négligente des tâches ménagères — telles la préparation des repas, le fait de porter la lessive ou de pelleter de la neige — alors que la personne est seule à la maison. Cela pourrait également comprendre la conduite négligente d'un véhicule à moteur — que ce soit à des fins personnelles, familiales ou liées au travail — même s'il était impossible que sa conduite ait une incidence sur un tiers. La mère qui cause un préjudice au fœtus qu'elle porte en faisant une chute due à sa négligence ou en commettant une erreur d'inattention déraisonnable à la maison, au travail ou sur la route, pourrait être tenue délictuellement responsable du dommage subi par son enfant né vivant. L'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ces circonstances porterait gravement atteinte au droit à la vie privée et à l'autonomie de la femme.

45

It becomes apparent that many potential acts of negligence are inextricably intertwined with the lifestyle choices, the familial roles and the working lives of pregnant women. Women alone bear the burdens of pregnancy. Our society collectively benefits from the remarkably important role played by pregnant women. The imposition by courts of tort liability on mothers for prenatal negligence

Il appert que plusieurs actes potentiellement négligents sont inextricablement liés aux choix concernant le mode de vie, au rôle familial et à la vie professionnelle de la femme enceinte. Seule la femme porte la charge de la grossesse. Notre société profite collectivement de ce rôle remarquablement important joué par la femme enceinte. L'imposition par les tribunaux d'une responsabilité

would restrict a pregnant woman's activities, reduce her autonomy to make decisions concerning her health, and have a negative impact upon her employment opportunities. It would have a profound effect upon every woman, who is pregnant or merely contemplating pregnancy, and upon Canadian society in general. Any imposition of such tort liability should be undertaken, not by the courts, but by the legislature after careful study and debate.

Moreover, the imposition of tort liability in this context would carry psychological and emotional repercussions for a mother who is sued in tort by her newborn child. To impose tort liability on a mother for an unreasonable lapse of prenatal care could have devastating consequences for the future relationship between the mother and her born alive child. In essence, the judicial recognition of a cause of action for maternal prenatal negligence is an inappropriate response to the pressing social issue of caring for children with special needs. Putting a mother through the trauma of a public trial to determine whether she was at fault for the injury suffered by her child can only add emotional and psychological trauma to an already tragic situation.

Such litigation would, in all probability, have detrimental consequences, not only for the relationship between mother and child, but also for the relationship between the child and his or her family. Yet, family harmony will be particularly important for the creation of a caring and nurturing environment for the injured child, who will undoubtedly require much loving attention. It seems clear that the well-being of such a child cannot be readily severed from the interests of his or her family. In short, neither the best interests of the injured child, nor those of the remainder of the family, would be served by the judicial recognition of the suggested cause of action.

délictuelle à la mère pour la négligence commise avant la naissance aurait pour effet de limiter les activités de la femme enceinte, de restreindre sa liberté de prendre des décisions relatives à sa santé et aurait des conséquences négatives sur ses possibilités d'emploi. L'imposition d'une telle responsabilité aurait des effets considérables sur chaque femme enceinte ou projetant simplement de le devenir et sur la société canadienne en général. L'imposition d'une telle responsabilité ne doit pas être décidée par les tribunaux mais par le législateur, après que la question aura fait l'objet d'un examen minutieux et d'un débat.

Au surplus, l'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ce contexte aurait des répercussions psychologiques et émotionnelles sur la mère poursuivie par le nouveau-né. Mettre une responsabilité délictuelle à la charge de la mère pour un manque déraisonnable de soins prénatals pourrait avoir des effets dévastateurs sur la future relation entre la mère et l'enfant né vivant. Avant tout, la reconnaissance judiciaire d'une cause d'action pour la négligence commise par la mère avant la naissance constituerait une réponse inappropriée face à l'urgent problème social d'assumer les soins des enfants ayant des besoins particuliers. Soumettre la mère à l'expérience stressante du procès public visant à déterminer si elle est responsable du préjudice subi par son enfant ne peut qu'ajouter un traumatisme émotionnel et psychologique à une situation déjà tragique.

Il est fort probable qu'une telle poursuite entraînerait des conséquences négatives non seulement sur la relation entre la mère et l'enfant, mais aussi sur la relation entre l'enfant et sa famille. Pourtant, l'harmonie familiale sera particulièrement importante pour la création d'un milieu plein d'attention et de soins pour l'enfant qui a subi un préjudice et qui aura sans aucun doute besoin d'être entouré d'amour. Il semble clair que le bien-être d'un tel enfant ne peut être facilement dissocié des intérêts de la famille. En résumé, ni l'intérêt de l'enfant qui a subi un préjudice, ni celui des autres membres de la famille ne sont servis par la reconnaissance judiciaire de la cause d'action proposée.

46

47

48

The primary purposes of tort law are to provide compensation to the injured and deterrence to the tortfeasor. In the ordinary course of events, the imposition of tort liability on a mother for prenatal negligence would provide neither compensation nor deterrence. The pressing societal issue at the heart of this appeal is the lack of financial support currently available for the care of children with special needs. The imposition of a legal duty of care on a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child will not solve this problem. If anything, attempting to address this social problem in a litigious setting would merely exacerbate the pain and trauma of a tragic situation. It may well be that carefully considered legislation could create a fund to compensate children with prenatally inflicted injuries. Alternatively, amendments to the motor vehicle insurance laws could achieve the same result in a more limited context. If, as a society, Canadians believe that children who sustain damages as a result of maternal prenatal negligence should be financially compensated, then the solution should be formulated, after careful study and debate, by the legislature.

## 2. Difficulties of Articulating a Judicial Standard of Conduct for Pregnant Women

49

The infant respondent and certain interveners argued that a legal duty of care should be imposed upon a pregnant woman towards her foetus or born alive child. If such a duty of care is imposed upon pregnant women, then a judicially defined standard of conduct would have to be met. One intervener argued that tort liability should be imposed where a woman's conduct fails to conform to a "reasonable pregnant woman" standard, which would apply to all aspects of her behaviour while pregnant. By contrast, the infant respondent argued in favour of the test put forward by the Court of Appeal in this case. This test draws a distinction between those situations in which a pregnant woman owes a "general duty of care" and those which relate to "lifestyle choices peculiar to parenthood". In the

Le droit de la responsabilité délictuelle vise essentiellement à assurer l'indemnisation des personnes qui ont subi un préjudice et à dissuader les comportements délictueux. Normalement, l'imposition d'une responsabilité délictuelle à la mère pour la négligence commise avant la naissance n'apporte ni indemnisation, ni effet dissuasif. La question de société pressante au centre du présent pourvoi est le manque de soutien financier actuel pour les enfants ayant des besoins particuliers. L'imposition d'une obligation légale de diligence à la femme enceinte envers le foetus qu'elle porte ou l'enfant né vivant par la suite ne résoudra pas ce problème. Tenter de régler ce problème social dans un cadre litigieux ferait plutôt en sorte d'exacerber la douleur et le traumatisme d'une situation tragique. Il se peut très bien qu'une loi soigneusement étudiée puisse créer un fonds pour indemniser les enfants ayant subi un préjudice avant leur naissance. De façon subsidiaire, des modifications à la législation sur l'assurance-automobile pourraient parvenir au même résultat dans un contexte plus limité. Si, en tant que société, les Canadiens croient que les enfants qui ont subi un préjudice en raison de la négligence de leur mère avant leur naissance devraient être indemnisés, alors la solution devrait être formulée, après un examen soigneux et un débat, par le législateur.

## 2. Difficultés d'élaboration d'une norme de conduite judiciaire applicable à la femme enceinte

L'enfant en bas âge intimé et certains intervenants soutiennent qu'une obligation légale de diligence doit être imposée à la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte ou de son enfant né vivant. Si une telle obligation de diligence est imposée à la femme enceinte, il faudrait qu'une norme de conduite définie par les tribunaux soit respectée. Selon un intervenant, la responsabilité délictuelle doit être retenue lorsque la conduite de la femme n'est pas conforme à la norme de la «femme enceinte raisonnable», qui s'appliquerait à tous les aspects de son comportement pendant la grossesse. Par contraste, l'enfant en bas âge intimé a dit qu'il était en faveur du critère avancé par la Cour d'appel dans la présente affaire. Ce critère établit une distinction entre les situations dans les-

latter cases, a mother would be immune from tort liability for prenatal negligence. Another strand in the respondent's argument is that, at the very least, a mother should be held liable for all damages suffered by her born alive child as a result of prenatal injuries caused by her allegedly negligent driving. It was argued that the existence of a mandatory insurance regime for motor vehicle negligence entitles the born alive child to compensation in such cases.

I believe that the courts cannot, and should not, articulate a standard of conduct for pregnant women. To do so raises all of the troubling questions posed by Cunningham J. in *Stallman*, *supra*, (at p. 360):

It must be asked. By what judicially defined standard would a mother have her every act or omission while pregnant subjected to State scrutiny? By what objective standard could a jury be guided in determining whether a pregnant woman did all that was necessary in order not to breach a legal duty to not interfere with her fetus' separate and independent right to be born whole? In what way would prejudicial and stereotypical beliefs about the reproductive abilities of women be kept from interfering with a jury's determination of whether a particular woman was negligent at any point during her pregnancy?

For the reasons set out later, I am of the view that the various approaches advocated by the infant respondent and the interveners fail to avoid the pitfalls of a judicially defined standard of care for pregnant women. To adopt the "reasonable pregnant woman" standard involves far-reaching implications and extensive intrusions into the rights of bodily integrity, privacy and autonomy of pregnant women. The test articulated by the Court of Appeal is, I believe, inconsistent with general principles of tort law and unworkable in practice. Finally, if the existence of motor vehicle insurance

quelles une femme enceinte a une «obligation générale de diligence» et celles qui se rapportent à un «choix de style de vie particuli[er] du parent». Dans ce dernier cas, la mère serait exonérée de toute responsabilité délictuelle pour la négligence commise avant la naissance. Un autre volet de l'argumentation de l'intimé est que la mère devrait, à tout le moins, être tenue responsable de tous les dommages subis par son enfant né vivant en raison des préjudices prénatals causés par la négligence dont elle aurait fait preuve au volant. Il a été allégué que l'existence d'un régime d'assurances obligatoire pour la négligence au volant donne à l'enfant né vivant le droit d'obtenir réparation dans de tels cas.

Je crois que les tribunaux ne peuvent pas, et ne doivent pas, formuler une norme de conduite applicable à la femme enceinte, sous peine de soulever toutes les questions troublantes qu'a posées le juge Cunningham dans *Stallman*, précité, à la p. 360:

[TRADUCTION] Il faut poser la question. En vertu de quelle norme définie par les tribunaux toutes les omissions ou tous les actes de la femme enceinte seraient-ils soumis à l'examen minutieux de l'État? Quelle norme objective guiderait le jury appelé à décider si la femme enceinte a fait tout ce qui était nécessaire pour ne pas manquer à son obligation légale de ne pas porter atteinte au droit distinct et indépendant de son fœtus de naître indemne? Comment pourrait-on empêcher que des croyances préjudiciables et stéréotypées relatives aux capacités reproductrices des femmes soient prises en compte par le jury appelé à se prononcer sur la négligence d'une femme particulière à un moment donné au cours de sa grossesse?

Pour les motifs énoncés plus loin, j'estime que les diverses approches préconisées par l'enfant en bas âge intimé et par les intervenants ne réussissent pas à éviter les embûches d'une norme de diligence applicable aux femmes enceintes et définie par les tribunaux. Adopter la norme de la femme enceinte raisonnable entraîne des répercussions d'une grande portée et des atteintes importantes au droit à l'intégrité physique, à la vie privée et à l'autonomie des femmes enceintes. Le critère énoncé par la Cour d'appel est, à mon avis, incompatible avec les principes généraux de la responsa-

is to be relied upon as the basis for imposing a legal duty of care upon pregnant women, then this solution should be enacted by the legislature. A specific and insurance-dependent rule of tort liability cannot, and should not, be created by the courts.

(a) *Reasonable Pregnant Woman Standard*

52

Linked to the unpredictable impact on the privacy and autonomy rights of women, lies the difficult, perhaps impossible, task of judicially defining a standard of conduct for pregnant women. An intervener argued that a mother-to-be should be held liable for all negligent behaviour causing damages to her foetus, which would be determined in accordance with a “reasonable pregnant woman” standard. An intervener submitted that, once aware of the pregnancy, a woman should be required to conform to the standard of behaviour of a “reasonably prudent expectant mother conducting herself under similar circumstances”: D. Santello, “Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries” (1988), 22 *Suffolk U. L. Rev.* 747, at p. 775. This would involve an analysis of the risks associated with a given activity, the gravity of the possible injury, and the likelihood of that injury occurring. The standard of care would be reasonable rather than absolute, and thus a pregnant woman would not be expected to act as the insurer for the health of her subsequently born child.

53

In my view, this standard is inappropriate. It raises the spectre of judicial scrutiny and potential liability imposed for “lifestyle choices”. Thus, it brings into play all of the policy concerns articulated in *Winnipeg, supra*. For instance, it would be open to the trier of fact to determine that a “reasonable pregnant woman”, who knows or has reason to know of her condition, should not smoke cigarettes or drink alcohol. Decisions involving the standard of care in tort law focus upon generally accepted norms, rather than on the individual

bilité délictuelle et il est inapplicable en pratique. Enfin, si l’existence d’une assurance-automobile doit servir de fondement à l’imposition d’une obligation légale de diligence à la femme enceinte, il faut que cette solution soit adoptée par le législateur. Les tribunaux ne peuvent pas, et ne doivent pas, créer une règle précise en matière de responsabilité délictuelle qui soit subordonnée à la souscription d’une assurance.

a) *La norme de la femme enceinte raisonnable*

Conjointement à ses effets imprévisibles sur le droit des femmes à la vie privée et à l’autonomie, la formulation par les tribunaux d’une norme de conduite pour les femmes enceintes apparaît comme une tâche difficile, voire impossible. Un intervenant prétend que la future mère devrait être tenue responsable de l’ensemble de ses comportements négligents qui causent un dommage au fœtus qu’elle porte, ce qui serait déterminé en fonction d’une norme de la «femme enceinte raisonnable». Un autre a soutenu qu’une fois qu’elle sait qu’elle est enceinte, la femme devrait être tenue de se conformer à la norme de comportement de la [TRADUCTION] «femme enceinte raisonnablement prudente se trouvant dans une situation semblable»: D. Santello, «Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries» (1988), 22 *Suffolk U. L. Rev.* 747, à la p. 775. Cela comporterait une analyse des risques liés à une activité donnée, de la gravité du préjudice possible et de sa probabilité. Il s’agit d’une norme raisonnable de diligence et non d’une norme absolue, de sorte que l’on ne s’attendrait pas à ce que la femme enceinte agisse comme un assureur à l’égard de la santé de l’enfant auquel elle donne naissance par la suite.

J’estime que cette norme ne convient pas. Elle fait apparaître le spectre d’un examen judiciaire et d’une éventuelle responsabilité imposée en raison des «choix de style de vie». Elle fait donc entrer en jeu l’ensemble des considérations d’ordre politique formulées dans l’arrêt *Winnipeg*, précité. Par exemple, il serait loisible au juge des faits de décider qu’une «femme enceinte raisonnable», qui connaît ou a des raisons de connaître son état, ne doit ni fumer ni boire. Les décisions portant sur la norme de diligence en matière de responsabilité

woman. This objective standard would permit triers of fact to dictate, according to their own notions of proper conduct, the manner in which an expectant woman should behave throughout her pregnancy. Accordingly, a pregnant woman whose lifestyle conduct was under judicial scrutiny would not benefit from a truly individual standard, which takes into account her personal situation and acknowledges her autonomy.

The importance of an individual standard of assessment is emphasized by the great disparities which exist in the financial situations, education, access to health services and ethnic backgrounds of pregnant women. These disparities would inevitably lead to an unfair application of a uniform legal standard concerned with the reasonable pregnant woman. In this regard, Cunningham J. noted in *Stallman*, *supra*, at p. 360:

Pregnancy does not come only to those women who have within their means all that is necessary to effectuate the best possible prenatal environment: any female of child-bearing age may become pregnant. Within this pool of potential defendants are representatives of all socio-economic backgrounds: the well-educated and the ignorant; the rich and the poor; those women who have access to good health care and good prenatal care and those who, for an infinite number of reasons, have not had access to any health care services.

Tort law is concerned with the application of objective standards of reasonable behaviour to impugned conduct. It cannot adequately address the profound public policy implications raised by this appeal. Brock C.J. and Batchelder J., in dissent, expressed serious doubts as to whether it is “possible to subject a woman’s judgment, action, and behavior as they relate to the well-being of her fetus to a judicial determination of reasonableness in a manner that is consistent and free from

délictuelle sont centrées sur des normes généralement acceptées, plutôt que sur la femme en cause. Cette norme objective permettrait au juge des faits de dicter, selon sa propre conception de la conduite maternelle appropriée, la façon dont une femme enceinte doit se comporter au cours de sa grossesse. Par conséquent, la femme enceinte dont le mode de vie ferait l’objet d’un examen par les tribunaux ne bénéficierait pas d’une norme véritablement individuelle, qui tient compte de sa situation personnelle et qui reconnaît son autonomie.

L’importance d’une norme d’évaluation individuelle est accentuée par les disparités criantes constatées chez les femmes enceintes en ce qui concerne la situation financière, le niveau d’instruction, l’accès aux services de santé et l’origine ethnique. Ces disparités mèneraient inévitablement à l’application inéquitable d’une norme juridique uniforme élaborée en fonction de la femme enceinte raisonnable. À ce sujet, le juge Cunningham a noté, dans l’arrêt *Stallman*, précité, à la p. 360:

[TRADUCTION] Il n’est pas donné qu’aux femmes ayant les moyens nécessaires pour créer le meilleur milieu prénatal possible de devenir enceintes: toute femme en âge de concevoir peut l’être. Dans cet ensemble de défenderesses potentielles, on retrouve des représentantes de tous les milieux socio-économiques: les femmes instruites et celles qui n’ont pas d’instruction; les riches et les pauvres; les femmes qui ont accès à des soins médicaux et prénatals de qualité et celles qui, pour un nombre infini de raisons, n’y ont pas accès.

Le droit de la responsabilité délictuelle concerne l’application d’une norme objective de comportement raisonnable à la conduite reprochée. Il ne peut s’attaquer adéquatement aux importantes répercussions que soulève le présent pourvoi sur le plan de la politique publique. Le juge en chef Brock et le juge Batchelder, dissidents, ont exprimé de sérieuses réserves relativement à la question de savoir s’il était [TRADUCTION] «possible de soumettre le jugement, les actes et le comportement d’une femme, relativement au bien-être du fœtus qu’elle porte, à l’appréciation des tribunaux en vue de déterminer leur caractère raisonnable d’une façon qui soit cohérente et ne donne

arbitrary results”: *Bonte, supra*, at p. 468. I share those reservations.

(b) *Lifestyle Choices Peculiar to Parenthood*

56

On behalf of the infant respondent, it was argued that these policy considerations, although admittedly profound, are not raised in this appeal. Rather, it was submitted that this case is only concerned with whether a mother may be liable to her born alive child for her prenatal negligence in the operation of a motor vehicle. This position was adopted by the New Brunswick Court of Appeal. Hoyt C.J.N.B. held that, because a pregnant woman who is driving owes a general duty of care to members of the public, she must owe that same duty to her subsequently born child. However, he went on to hold that, if the activity in question is “peculiar to parenthood” or involves a “lifestyle choice”, then a child born alive with injuries cannot commence an action in negligence against his or her mother. A similar dividing line is described by Professor Fleming, *supra*, at p. 168:

More complex is the question whether a child should have a claim for prenatal injury against a parent. A distinction is in order between the general duty to avoid injury which the defendant owes to all others and those peculiar to parenthood. An instance of the former is the duty to drive carefully, which even the mother at the wheel owes to her foetus. On the other hand, there is strong aversion against inquisition into alleged parental indiscretions during pregnancy, like excessive smoking, drinking or taking drugs.

Thus, Professor Fleming describes the immunity from tort liability in this context as relating to all those activities which are “peculiar to parenthood”; that is to say, those activities that relate uniquely to parenting.

pas lieu à des résultats arbitraires»: *Bonte, précité*, à la p. 468. Je partage ces réserves.

b) *Le choix du mode de vie particulier du parent*

On a avancé, au nom de l'enfant en bas âge intimé, que malgré leur grande importance, ces considérations d'ordre politique n'étaient pas soulevées dans le présent pourvoi. On a plutôt soutenu que le présent pourvoi portait uniquement sur la question de savoir si la mère pouvait être tenue responsable envers son enfant né vivant de la négligence dont elle avait fait preuve au volant avant sa naissance. C'est la position qu'a adoptée la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. Le juge en chef Hoyt a conclu que parce qu'une femme enceinte a, si elle prend le volant, une obligation générale de diligence envers le public, elle a cette même obligation envers l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Il a toutefois ajouté que, si l'activité en question est une obligation «particulière du parent» ou si elle comporte des «choix de style de vie», l'enfant né vivant mais atteint d'un préjudice ne peut exercer une action pour négligence contre sa mère. Une ligne de démarcation similaire est évoquée par le professeur Fleming, *op. cit.*, à la p. 168:

[TRADUCTION] La question de savoir si l'enfant devrait pouvoir poursuivre ses parents pour le préjudice subi avant la naissance est plus complexe. Il faut faire une distinction entre l'obligation générale de ne pas causer de préjudice, à laquelle la partie défenderesse est tenue envers tous, et les obligations particulières du parent. Un exemple de la première est l'obligation de conduire prudemment, à laquelle même la mère au volant est tenue envers le fœtus qu'elle porte. En revanche, l'on répugne à examiner les imprudences qu'auraient commises les parents au cours de la grossesse, comme le tabagisme excessif et la consommation d'alcool et de drogue.

Par conséquent, le professeur Fleming dit de l'immunité en matière de responsabilité délictuelle dans ce contexte qu'elle se rapporte à toutes les activités «particulière[s] du parent»; ce qui signifie, les activités qui concernent uniquement le rôle de parent.

With respect to those who hold this opinion, I am of the view that this distinction is unworkable. It fails to consider the scope of the role of a parent. Driving is an integral part of parenting in a great many families. For instance, a parent must often drive to pick up children from school or child care, to take them to the dentist or doctor, or to hockey practice or swimming lessons. Indeed, I doubt whether any court can articulate a sound legal test, which is both theoretically coherent and workable in practice, that could effectively limit maternal prenatal liability to cases of motor vehicle negligence. Ultimately, only the legislature can create such a narrow and specific basis of tort liability.

In my view, a distinction based on duties which are “peculiar to parenthood” would lead to inconsistent results. In this regard, the American cases which considered a partial abrogation of the parental immunity doctrine, which excludes acts involving the “exercise of parental authority and discretion”, are instructive. Certain American courts have rejected the parental immunity exceptions because they result in arbitrary distinctions between acts unique to parenting and those that are not: *Hartman by Hartman v. Hartman*, 821 S.W.2d 852 (Mo. 1991), at pp. 856-57. Significantly, several American cases considered the operation of a motor vehicle to be a family activity which engaged the parental immunity doctrine. This position treated the use of an automobile as essential to the functioning of a household. In *Hogan v. Hogan*, 435 N.E.2d 770 (Ill. App. Ct. 1982), it was held that driving a child to her piano lesson constituted the operation of a motor vehicle to accomplish a family purpose. Similarly, *Eisele v. Tenuta*, 404 N.E.2d 349 (Ill. App. Ct. 1980), held that driving with a minor to a college was directly connected with family purposes and objectives. In *Johnson v. Myers*, 277 N.E.2d 778 (Ill. App. Ct. 1972), at pp. 779-80, it was stated that “[i]n a modern society the motor vehicle plays an intimate and necessary part in the accomplishment of many family purposes”. This seems to be an eminently

Avec égards pour les tenants de cette opinion, j’estime que cette distinction est inutilisable en pratique, car elle ne tient pas compte de l’ampleur du rôle de parent. Conduire fait partie intégrante du rôle de parent dans un grand nombre de familles. Par exemple, le père ou la mère doit souvent aller chercher les enfants à l’école ou à la garderie, les conduire chez le dentiste, chez le médecin, aux pratiques de hockey ou aux cours de natation. En fait, je doute qu’un tribunal puisse formuler un bon critère juridique, qui soit à la fois cohérent en théorie et applicable en pratique, qui puisse restreindre efficacement la responsabilité prénatale de la mère aux cas de négligence au volant. En définitive, seul le législateur peut créer un régime de responsabilité délictuelle aussi limité et précis.

À mon avis, une distinction fondée sur les obligations «particulière[s] du parent» conduirait à des résultats contradictoires. À ce sujet, il est instructif de consulter la jurisprudence américaine où a été examinée l’abrogation partielle de la théorie de l’immunité parentale, qui exclut les actes relevant de «l’exercice de l’autorité et du pouvoir discrétionnaire des parents». Certains tribunaux américains ont rejeté les exceptions à l’immunité parentale parce qu’elles créaient des distinctions arbitraires entre les actes propres au rôle de parent et ceux qui ne le sont pas: *Hartman by Hartman c. Hartman*, 821 S.W.2d 852 (Mo. 1991), aux pp. 856 et 857. Ce qui est important, c’est que la conduite d’un véhicule à moteur a été considérée dans plusieurs arrêts américains comme une activité familiale faisant intervenir la théorie de l’immunité parentale. Selon cette position, l’utilisation d’une automobile est essentielle à la vie d’un ménage. Dans la décision *Hogan c. Hogan*, 435 N.E.2d 770 (Ill. App. Ct. 1982), il a été décidé que conduire une enfant à son cours de piano c’était utiliser un véhicule à moteur à des fins familiales. De même, dans la décision *Eisele c. Tenuta*, 404 N.E.2d 349 (Ill. App. Ct. 1980), il a été conclu que le fait d’accompagner en voiture un mineur jusqu’à son collège était directement lié à des fins familiales. Dans la décision *Johnson c. Myers*, 277 N.E.2d 778 (Ill. App. Ct. 1972), aux pp. 779 et

sensible conclusion which reflects the scheduling demands of contemporary society.

780, il a été dit que [TRADUCTION] «[d]ans une société moderne, le véhicule à moteur est intimement lié et nécessaire à la satisfaction de plusieurs des besoins de la famille». Cela semble être une conclusion tout à fait raisonnable qui reflète les horaires de plus en plus chargés de la société contemporaine.

59 The Court of Appeal also referred to a “general duty of care” in articulating its test for maternal tort liability. With respect, there can be no such duty owed to the public at large. As a matter of tort law, a duty of care must always be owed by one person to another. Negligence cannot exist in the abstract. There must be a specific duty owed to a foreseeable plaintiff, which is breached, in order for negligence to arise. A “general duty of care” does not exist. Accordingly, it cannot be used as a legal test for the imposition of tort liability in cases of prenatal negligence. Even if it were possible to identify readily those activities in which a woman owes a “general duty of care”, this would not limit the extent of external scrutiny and control over a pregnant woman’s daily life. To rely on the “general duty of care” distinction, in order to hold that this appeal does not raise important issues of social policy, is bound to introduce a significant element of uncertainty into tort law.

La Cour d’appel a également fait référence à une «obligation générale de diligence» en formulant le critère relatif à la responsabilité délictuelle de la mère. Avec égards, il ne peut exister une telle obligation envers le public en général. Vu sous l’angle du droit de la responsabilité délictuelle, l’obligation de diligence doit toujours peser sur une personne au profit d’une autre. La négligence ne peut exister dans l’abstrait. Il faut qu’il y ait manquement à une obligation particulière envers un demandeur prévisible pour que la négligence puisse être invoquée. Il n’existe pas d’«obligation générale de diligence». Par conséquent, elle ne peut pas servir de critère juridique pour l’imposition d’une responsabilité délictuelle dans les cas de négligence commise avant la naissance. Même s’il était possible de déterminer facilement les activités pour lesquelles une femme a une «obligation générale de diligence», cela ne limiterait pas l’étendue de l’examen minutieux auquel serait soumise la vie quotidienne de la femme enceinte. Se fonder sur la distinction qu’entraîne l’«obligation générale de diligence» pour conclure que le présent pourvoi ne soulève pas d’importantes questions de politique sociale, c’est introduire inmanquablement un élément d’incertitude non négligeable dans le droit de la responsabilité délictuelle.

60 Moreover, it is clear that the duty of care imposed by the Court of Appeal is by no means narrow. It would impose tort liability on mothers for prenatal negligence in all situations in which a “general duty of care” is owed to third parties. The distinction between lifestyle choices and a so-called “general duty of care” involves a standard which can be readily applied to many areas of a pregnant woman’s behaviour, most of which are not protected by insurance. The potential breadth of maternal tort liability under this test was recognized by Professor Ian R. Kerr in “Pre-Natal

Au surplus, il est évident que l’obligation de diligence imposée par la Cour d’appel est loin d’être limitée. Elle engagerait la responsabilité délictuelle de la mère pour la négligence commise avant la naissance dans tous les cas où il existe une «obligation générale de diligence» envers les tiers. La distinction entre le choix d’un mode de vie et ce qu’on appelle l’«obligation générale de diligence» nécessite une norme qui peut facilement être appliquée à de nombreux aspects du comportement de la femme enceinte, dont la plupart ne sont pas couverts par une assurance. L’étendue potentielle de la

Fictions and Post-Partum Actions” (1997), 20 *Dalhousie L.J.* 237, at pp. 270-71:

[E]mploying the distinction between duties owed to the general public and those peculiar to parenthood does not assist the Court in narrowing the issue in *Dobson*. In fact, it has the very opposite effect. The rule that the Court of Appeal has derived from Fleming’s distinction is that *duties owed by a pregnant woman to the general public are owed to her unborn child as well*. The consequence of this rule, which seems to have gone completely unnoticed by the Court, is that it will allow a child’s litigation guardian to commence actions for prenatal injuries resulting from innumerable sorts of lifestyle choices that a pregnant woman might embrace. These would include activities such as rollerblading, shopping in a crowded mall, spraying weedkiller on her crops, sailing, lighting fireworks for her children on Canada day, or any other activity where there is a risk of harm to the general public. There is nothing unique or narrow about the act of driving a car. It is just as much a lifestyle choice as any of the other activities just mentioned. . . .

Ironically, in its attempt to shield women from inquiries into alleged parental indiscretions such as smoking and drinking, the Court of Appeal has expanded the liability of pregnant women. [Emphasis in original.]

In essence, a rule of tort law attempting to distinguish between acts of a mother-to-be involving privacy interests and those constituting common torts would of necessity result in arbitrary line-drawing and inconsistent verdicts. Simply to state that a “general duty of care” will not apply to “lifestyle choices” is to leave open the possibility that many actions taken by pregnant women will not be considered lifestyle choices for the purposes of litigation. Is drug use, if prescribed by a physician, a lifestyle choice? Is a hazardous work environment a lifestyle choice? Indeed, is it not arguable that driving while pregnant, for the benefit

responsabilité délictuelle de la mère selon ce critère a été reconnue par le professeur Ian R. Kerr dans «Pre-Natal Fictions and Post-Partum Actions» (1997), 20 *Dalhousie L.J.* 237, aux pp. 270 et 271:

[TRADUCTION] [L’]utilisation de la distinction établie entre les obligations envers le public en général et les obligations particulières du parent n’a pas aidé la cour à circonscrire le débat dans l’arrêt *Dobson*. En fait, cela a eu exactement l’effet contraire. Selon le principe que la Cour d’appel a tiré de la distinction faite par Fleming, *la femme enceinte a les mêmes obligations envers l’enfant qu’elle porte envers le public en général*. La conséquence de ce principe, qui semble avoir totalement échappé à la cour, est que le tuteur à l’instance de l’enfant aura le droit d’intenter une action pour préjudice prénatal résultant des innombrables choix de mode de vie qu’une femme enceinte peut faire. Il pourrait s’agir de faire du patin à roues alignées, de magasiner dans un centre commercial achalandé, d’étendre de l’herbicide sur ses plantes, de faire de la voile, d’allumer un feu d’artifice pour ses enfants à l’occasion de la Fête du Canada ainsi que toute autre activité comportant des risques pour le public en général. Conduire une automobile n’est pas une activité exceptionnelle ou limitée. Il s’agit d’un choix de mode de vie comme le sont les autres activités mentionnées . . .

Ironiquement, en voulant protéger les femmes contre l’examen des prétendues imprudences parentales, comme le tabagisme et la consommation d’alcool, la Cour d’appel a étendu la responsabilité des femmes enceintes. [En italique dans l’original.]

Essentiellement, une règle de responsabilité délictuelle visant à établir une distinction entre les actes de la future mère qui relèvent du droit à la vie privée et ceux qui constituent des délits conduirait inévitablement à l’établissement de frontières arbitraires et à des jugements contradictoires. Se contenter de dire qu’aucune «obligation générale de diligence» ne s’appliquera aux «choix de style de vie» revient à permettre que bon nombre des actes accomplis par la femme enceinte ne soient pas considérés comme des choix de mode de vie dans le cadre d’un litige. La consommation d’un médicament prescrit par un médecin constitue-t-il un choix de mode de vie? Travailler dans un milieu dangereux constitue-t-il un choix de mode de vie?

and welfare of the family, constitutes a lifestyle choice?

62

In *Winnipeg, supra*, it was argued that the potential state intrusions on behalf of the foetus would be minimal because the duty of care could be defined narrowly. It was submitted that the standard should be “to refrain from activities that have no substantial value to a pregnant woman’s well-being or right of self-determination” (para. 38). In rejecting this test as too vague and broad, McLachlin J. observed that the proposed standard raised the following intractable questions (at para. 39):

What does substantial value to a woman’s well-being mean? What does a woman’s well-being include? What is involved in a woman’s right of self-determination — all her choices, or merely some of them? And if some only, what is the criterion of distinction? Although it may be easy to determine that abusing solvents does not add substantial value to a pregnant woman’s well-being and may not be the type of self-determination that deserves protection, other behaviours are not as easily classified.

63

Similarly the test proposed by the Court of Appeal fails to articulate a workable judicial standard for distinguishing between tortious and non-tortious conduct. Just as McLachlin J. could not identify a bright line to ground liability on the basis of conduct which fails to add “substantial value to a pregnant woman’s well-being”, a similar difficulty is presented by a liability rule defined by behaviour involving “lifestyle choices” or conduct “peculiar to parenthood”. The determination of whether a duty of care should be imposed must be made by considering the effects of tort liability on the privacy and autonomy interests of women, and upon their families, rather than by reference to a formalistic characterization of the conduct in question.

En fait, ne peut-on prétendre que conduire pendant la grossesse, dans l’intérêt de la famille et pour son bien-être, constitue un choix de mode de vie?

Dans *Winnipeg*, précité, on a avancé que le risque d’empiétement par l’État au nom du fœtus serait minime parce que l’obligation de diligence pouvait être définie très étroitement. On a soutenu que la femme enceinte serait tenue «de ne pas se livrer à des activités qui ne sont pas substantiellement utiles à son bien-être ou à l’exercice de son droit à l’autonomie» (par. 38). Rejetant ce critère en le qualifiant de trop imprécis et trop large, le juge McLachlin a noté que la norme proposée soulevait les questions insolubles qui suivent (au par. 39):

Qu’est-ce qu’une activité substantiellement utile au bien-être d’une femme? Que comprend ce bien-être? Quel est l’objet du droit à l’autonomie — tous les choix de la femme, ou seulement certains d’entre eux? Dans ce dernier cas, quel critère permettra de déterminer les choix à retenir? Même s’il peut être aisé de conclure que l’inhalation de vapeurs de solvants n’est pas substantiellement utile au bien-être de la femme enceinte et ne constitue peut-être pas le genre de manifestation d’autonomie qui mérite d’être protégée, la qualification d’autres comportements peut ne pas être aussi facile.

De même, le critère proposé par la Cour d’appel ne formule pas une norme judiciaire qu’on puisse utiliser pour établir une distinction entre les actes délictuels et les actes non délictuels. À l’instar du juge McLachlin qui n’a pas pu tirer du comportement qui n’est pas «substantiellement utile au bien-être de la femme enceinte» un critère clair permettant de statuer sur la responsabilité, nous sommes confrontés en l’espèce aux difficultés suscitées par l’application d’une règle concernant la responsabilité qui est axée sur le comportement dicté par des «choix de style de vie» ou sur la conduite «particulière du parent». Pour décider s’il y a lieu d’imposer une obligation de diligence, il faut tenir compte de l’effet qu’aurait la responsabilité délictuelle sur le droit des femmes à la vie privée et à l’autonomie, ainsi que sur leur famille, plutôt que de se reporter à une qualification formaliste de la conduite en question.

(c) *Motor Vehicle Exception*

In articulating a distinction between lifestyle choices and the general duty to drive carefully, the Court of Appeal relied on the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*. However, it must be remembered that, under this statute, the Parliament of the United Kingdom exempted mothers from tort liability for injuries caused to their children while *in utero*, with the exception of injuries sustained as a result of motor vehicle accidents. With respect, the U.K. legislative solution to the issue at bar cannot be interpreted as support for the test suggested by the Court of Appeal. To do so presumes that it is appropriate for courts to resolve an extremely sensitive and complex issue of public policy and insurance law. The Court of Appeal failed to appreciate the significance of the fact that maternal liability for motor vehicle negligence is provided for in the United Kingdom in legislation rather than the common law.

Thus, it must be emphasized that the general rule for mothers in the United Kingdom is one of immunity for prenatal negligence with the limited exception of injuries caused by negligent driving. The Act provides that a mother cannot be held liable for any amount of damages which exceeds the limit fixed by statute. This will benefit both the mother and the rest of the family. The legislation renders it impossible to argue by analogy that the duty of care should be extended to other tortious situations. A judicial finding of liability in this appeal would not necessarily place pregnant women in Canada in the same legal position. If such an action were allowed, even in the narrow context of negligent driving, it would have to recognize a duty and articulate a standard of care for the conduct of pregnant women. As a matter of tort law, this carries the risk that the duty would be

c) *L'exception relative aux véhicules à moteur*

Pour établir une distinction entre le choix d'un mode de vie et l'obligation générale de conduire prudemment, la Cour d'appel s'est fondée sur la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*. Toutefois, il faut se rappeler qu'en vertu de cette loi, le Parlement du Royaume-Uni a exonéré les mères de toute responsabilité délictuelle pour les préjudices causés à leurs enfants pendant la vie intra-utérine, à l'exception du préjudice subi à la suite d'un accident de la route. Avec égards, la solution retenue par le Parlement du Royaume-Uni pour régler la question en litige ne saurait être invoquée pour appuyer le critère proposé par la Cour d'appel. Ce serait présumer que les tribunaux peuvent à bon droit résoudre une question extrêmement délicate et complexe qui relève de la politique publique et du droit des assurances. La Cour d'appel n'a pas saisi l'importance du fait qu'au Royaume-Uni, la responsabilité de la mère pour négligence au volant est prévue par la loi plutôt que par la common law.

Il faut donc souligner qu'au Royaume-Uni, la règle générale est que les mères jouissent d'une immunité qui les protège contre les poursuites fondées sur une négligence commise avant la naissance, sauf si le préjudice a été causé par une négligence au volant. La Loi prévoit qu'une mère ne peut être tenue de payer des dommages-intérêts excédant la limite prescrite. Cette disposition profite tant à la mère qu'aux autres membres de la famille. La loi est rédigée de façon à ce qu'on ne puisse soutenir que l'obligation de diligence doit être étendue par analogie à d'autres délits. Une décision judiciaire concluant à la responsabilité dans le présent pourvoi n'aurait pas nécessairement pour effet de placer les femmes enceintes au Canada dans la même situation juridique. Si l'exercice d'une telle action était autorisée, même dans le cadre restreint de la négligence au volant, il faudrait reconnaître l'existence d'une obligation de diligence pesant sur les femmes enceintes et formuler une norme applicable à leur conduite. Du point de vue de la responsabilité délictuelle, ce serait risquer que cette obligation soit appliquée

applied in other contexts where it would impose unreasonable obligations upon pregnant women.

66

As previously discussed, the consequences of imposing tort liability on a mother, for prenatally inflicted injuries causing damages to her born alive child, are far-reaching. It cannot be forgotten that the relationship between a mother-to-be and her foetus is such that everything the former does may affect the latter. To reiterate some of the most obvious examples — the ingestion of prohibited drugs, the consumption of alcohol, and the smoking of cigarettes — all could be found to breach a duty of care owed by a pregnant woman to her foetus or subsequently born child. Perhaps the decision to avoid eating fruits and vegetables could also be found to constitute tortious conduct. The same conclusion might be reached with regard to unprotected sexual intercourse, rigorous exercise or no exercise. Every aspect of the life of a pregnant woman would be subjected to external scrutiny if liability for tortious conduct to her foetus were imposed.

67

Moreover, it is noteworthy that the U.K. regime is a direct result of the compulsory liability insurance mandated for motor vehicle negligence. See Law Com. No. 60, "Report on Injuries to Unborn Children", *supra*, at paras. 59-60. This underlying rationale was recognized by Ray Carter in the *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 February 1976) at col. 1595:

Clause 2 deals with the special case in which the Law Commission thought that a mother should be liable for negligence causing injuries to her child. In this case alone the Law Commission thought that it would relieve rather than increase the stress naturally imposed on her if her child could recover damages against her. Because she is bound to be insured for liability while driving, there should be no question of inability to pay the sum awarded, and this provision accords with the general policy that the blameless victims of road accidents caused by negligence should recover compensation. For those reasons motor accidents are treated as a special

dans d'autres cas où elle ferait peser sur les femmes enceintes des obligations déraisonnables.

Comme je l'ai mentionné précédemment, les conséquences de l'imposition d'une responsabilité délictuelle à la mère pour préjudice prénatal ayant causé un dommage à son enfant né vivant sont considérables. On ne peut oublier que la nature de la relation entre la future mère et le foetus fait en sorte que tout ce que fait la première est susceptible d'avoir des effets sur ce dernier. Pour reprendre quelques-uns des exemples les plus évidents — l'absorption de drogues illicites, la consommation d'alcool et le tabagisme — on pourrait conclure qu'ils contreviennent tous à l'obligation de diligence de la femme enceinte envers le foetus qu'elle porte ou l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. On pourra peut-être conclure que la décision de ne pas manger de fruits et de légumes constitue un comportement délictueux. La même conclusion pourrait être tirée à l'égard des rapports sexuels non protégés, des exercices violents ou de l'absence d'exercice. Chacune des facettes de la vie de la femme enceinte serait soumise à un examen externe minutieux si sa responsabilité était engagée en raison d'un comportement délictueux à l'égard du foetus.

De plus, il convient de noter que le régime prévu au Royaume-Uni est une conséquence directe de l'obligation de souscrire une assurance de responsabilité civile pour la négligence au volant. Voir Law Com. No. 60, «Report on Injuries to Unborn Children», *op. cit.*, aux par. 59 et 60. Cette raison d'être sous-jacente a été reconnue par Ray Carter dans les *Parliamentary Debates*, 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 février 1976), à la col. 1595:

[TRADUCTION] L'article 2 porte sur le cas particulier où la Law Commission estimait qu'une mère devait être tenue responsable du préjudice que sa négligence avait causé à son enfant. Dans ce seul cas, la Law Commission était d'avis que cela aurait pour effet de diminuer plutôt que d'accentuer le stress qu'elle subit naturellement si son enfant pouvait lui réclamer des dommages-intérêts. Puisqu'elle est tenue de souscrire une assurance de responsabilité civile lorsqu'elle conduit, le problème de la capacité de payer ne devrait pas se poser, et cette disposition est conforme au principe général de l'indemnisation des victimes non responsables d'accidents de la

case. From a legal point of view, I understand that there may be said to be some inconsistency between the provisions of Clauses 1 and 2 [maternal immunity and motor vehicle exception], but I believe that the provisions are based on common sense and reflect the realities of everyday life. [Emphasis added.]

The legislative record in the United Kingdom clearly demonstrates that the motor vehicle exception to maternal tort immunity for prenatal negligence was designed as a measure to decrease the anxiety of women who continue to drive during their pregnancies. It does so by providing recourse to insurance if there is a motor vehicle accident. The distinction in the Act between driving negligence and all other types of negligence stems from pragmatic and logistical considerations. It reduces the driving-associated worries of pregnant women with the mandatory requirement of motor vehicle insurance. These are precisely the types of “common-sense” criteria that legislators may consider in the course of their studies. Courts, if they are going to create exceptions or distinctions, must do so in a more legally principled manner. As a matter of tort law, a motor vehicle exception to maternal immunity for prenatal negligence is “legally weak and untidy”: B. Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses* (1992), at p. 98. However, it may well be appropriate for a legislative body to create such an exception.

Once again, the American experience with the partial abrogation of the parental tort immunity doctrine is instructive in this regard. In *Black v. Solmitz*, 409 A.2d 634 (1979), the Supreme Judicial Court of Maine refused to carve out a motor vehicle exception for the following reasons at p. 639:

route causés par la négligence. Pour ces motifs, les accidents de la circulation sont considérés comme des cas particuliers. D’un point de vue juridique, on peut dire qu’il y a certaines incompatibilités entre les dispositions des articles 1<sup>er</sup> et 2 [l’immunité maternelle et l’exception relative aux véhicules à moteur], mais je crois que ces dispositions sont fondées sur le sens commun et qu’elles reflètent les réalités de la vie quotidienne. [Je souligne.]

Les textes législatifs du Royaume-Uni indiquent clairement que l’exception relative aux véhicules à moteur au principe de l’immunité de la mère en matière délictuelle pour la négligence commise avant la naissance a été conçue à titre de mesure visant à diminuer l’angoisse des femmes qui continuent de conduire pendant leur grossesse. À cette fin, elle prévoit le recours à l’assurance dans les cas d’accidents de la circulation. La distinction établie par la Loi entre la négligence au volant et les autres formes de négligence découle de considérations pragmatiques et logistiques. Elle diminue les craintes des femmes enceintes à l’égard de la conduite automobile grâce à l’obligation de souscrire une police d’assurance-automobile. Il s’agit justement du type de critère «de sens commun» que le législateur peut examiner dans le cadre de ses travaux. Les tribunaux qui créent des exceptions ou des distinctions doivent le faire en se fondant davantage sur les principes du droit. En matière délictuelle, l’exception relative aux véhicules à moteur dont est assorti le principe de l’immunité maternelle pour la négligence commise avant la naissance est [TRADUCTION] «faible et incohérente au point de vue juridique»: B. Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses* (1992), à la p. 98. Cependant, il se peut que la création d’une telle exception par l’assemblée législative soit fondée.

Une fois de plus, l’expérience américaine relative à l’abrogation partielle de la théorie de l’immunité parentale en matière délictuelle est instructive à ce sujet. Dans l’arrêt *Black c. Solmitz*, 409 A.2d 634 (1979), la Supreme Judicial Court du Maine a refusé d’élaborer une exception relative aux véhicules à moteur pour les motifs suivants, à la p. 639:

68

69

It seems proper to add, however that we do not intend to limit our decision to automobile negligence cases in the manner of the Virginia Supreme Court of Appeals, nor do we intend to follow the Massachusetts Supreme Judicial Court in abrogating the rule of parental immunity only to the extent of the parent's automobile liability insurance. Those limitations seem to us objectionable as suggesting that the decision to restrict immunity is based on expediency rather than on correct legal principles. In our view such decisions are difficult to defend against the charge that they effect a result more appropriately reserved for legislation. [Emphasis added; citations omitted.]

[TRADUCTION] Il convient toutefois d'ajouter que nous n'avons pas l'intention de limiter la portée de notre décision aux cas de conduite automobile négligente, comme l'a fait la Supreme Court of Appeals de la Virginie, et que nous n'avons pas non plus l'intention de suivre l'exemple de la Supreme Judicial Court du Massachusetts qui a aboli le principe de l'immunité parentale uniquement en ce qui touche l'assurance de responsabilité automobile des parents. Ces limitations nous semblent douteuses car elles donnent à penser que la décision de restreindre l'immunité s'appuie sur des motifs d'opportunité plutôt que sur des principes de droit bien fondés. Selon nous, il est difficile de défendre de telles décisions contre les attaques de ceux qui soutiennent qu'elle mènent à un résultat relevant plutôt du législateur. [Je souligne; citations omises.]

70

It may well be that a legislative exception to maternal tort immunity can be created for damages, caused to a child upon birth, as a result of the negligent driving of a pregnant woman. For example, the statute might specify that this constituted an exception to the general rule of tort immunity, fix the limits of liability, and prohibit the recovery of damages above the limit fixed in the insurance policy. Legislation of this type could be socially rewarding for it could benefit the injured child, the mother and the rest of the family. Yet, if it were carefully drafted, such legislation would not constitute an undue intrusion into the privacy and autonomy rights of pregnant women in Canada.

Il se peut bien qu'une exception à l'immunité maternelle en matière délictuelle puisse être créée par la loi pour le dommage causé à un enfant à sa naissance en raison de la négligence au volant de la femme enceinte. Par exemple, la loi pourrait préciser que cela constitue une exception au principe général de l'immunité en matière délictuelle; elle pourrait établir le cadre de la responsabilité et plafonner l'indemnisation suivant la limite fixée dans la police d'assurance. Des dispositions législatives de ce genre pourraient s'avérer avantageuses sur le plan social parce qu'elles pourraient profiter à l'enfant atteint d'un préjudice, à la mère et aux autres membres de la famille. Par ailleurs, si elles étaient soigneusement rédigées, ces dispositions ne porteraient pas indûment atteinte au droit des femmes enceintes à la vie privée et à l'autonomie au Canada.

(d) *Insurance-Dependent Rationale*

d) *La justification fondée sur l'obligation d'assurance*

71

Clearly, the judicial creation of a motor vehicle exception would be predicated, in large part, on the existence of a mandatory insurance regime for automobile negligence. This underlying rationale was accepted by the Australian High Court in *Lynch, supra*. In that case, the facts were strikingly similar to those presented in this appeal. The court strictly limited maternal tort liability for prenatal injuries to cases of motor vehicle negligence on the basis that insurance was compulsory in that context. In arriving at this conclusion, Clarke J.A.

Évidemment, la création par les tribunaux d'une exception relative aux véhicules à moteur serait fondée, en grande partie, sur l'existence d'un régime d'assurance-automobile obligatoire couvrant la négligence au volant. Cette justification sous-jacente a été adoptée par la Haute Cour de l'Australie dans la décision *Lynch*, précitée. Dans cette affaire, les faits avaient une ressemblance frappante avec ceux qui font l'objet du présent pourvoi. La cour a limité strictement la responsabilité délictuelle de la mère pour le préjudice

considered the policy concerns that all those injured in road accidents should be compensated and that all owners of motor vehicles should contribute to the cost of injury through insurance. By adopting an insurance-dependent rationale, it was not necessary for the court to consider whether a pregnant woman owed a duty of care to her foetus or subsequently born child.

It must be recognized that, although the appellant mother is in the legal position of defending this action, an award of damages in favour of the respondent would greatly assist the appellant and her husband with the financial requirements of caring for their severely disabled child. It is true that, in this particular case, the material interests of the mother and child are aligned, notwithstanding the fact that their legal relationship is adversarial. As one author notes, “[i]f there is automobile insurance, allowing such suits does not make the mother and fetus — or, rather, subsequently born child — genuine adversaries, since the whole family benefits by allowing the child to recover”: Steinbock, *supra*, at p. 100.

An insurance-driven judicial solution to the issue raised in this appeal imposes liability on a mother on the basis of her ability to satisfy a judgment by means of her insurance coverage. However, tort law is not, and should not be, result-oriented in this manner. A rule founded on access to insurance would run counter to the decision in *Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 S.C.R. 1092, at p. 1108. There it was held that juries should generally not be advised that a judgment will be paid by an insurer, because the existence of insurance is irrelevant to the determination of the issue of liability. Although some American courts have seized upon the prevalence of liability insurance as a rationale for allowing intra-family tort litigation,

prénatal aux cas de négligence au volant pour le motif qu’en cette matière, l’assurance était obligatoire. En arrivant à cette conclusion, le juge Clarke a examiné les considérations d’ordre politique qui justifient l’indemnisation des victimes d’accidents de la circulation et la répartition du coût de l’indemnisation entre tous les propriétaires de véhicule à moteur au moyen de l’assurance. En adoptant une justification fondée sur l’obligation d’assurance, la cour n’a pas eu à déterminer si la femme enceinte était tenue d’une obligation de diligence envers le fœtus qu’elle porte ou l’enfant auquel elle donne naissance par la suite.

Il faut reconnaître que, même si la mère appelante est la défenderesse dans la présente action, l’attribution de dommages-intérêts à l’intimé aiderait grandement cette dernière et son mari à faire face au fardeau financier que représentent les soins à donner à leur enfant gravement handicapé. Il est vrai que, dans cette affaire, l’intérêt matériel de la mère et celui de l’enfant convergent, malgré le fait que leur relation en droit soit celle de parties adverses. Comme le fait remarquer un auteur, [TRADUCTION] «[s’il] y a une assurance-automobile, le fait d’autoriser de telles poursuites ne transforme pas la mère et le fœtus — ou plutôt, l’enfant né par la suite — en de véritables parties adverses car le fait de permettre à l’enfant d’obtenir des dommages-intérêts profite à toute la famille»: Steinbock, précité, à la p. 100.

Apporter une solution judiciaire fondée sur l’obligation d’assurance à la question soulevée dans le présent pourvoi, c’est faire peser une responsabilité sur la mère en raison de sa capacité de payer l’indemnité fixée par le jugement grâce à ses assurances. Toutefois, le droit de la responsabilité délictuelle n’est pas, et ne doit pas être, ainsi axé sur le résultat. Une règle fondée sur l’accès aux assurances irait à l’encontre de l’arrêt *Hamstra (Tuteur à l’instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, à la p. 1108. Dans cet arrêt, il a été décidé que les jurys ne devaient généralement pas être informés du fait que le montant accordé par jugement serait payé par un assureur parce que l’existence d’une assurance n’est pas pertinente quant à la question de la

72

73

this reasoning has been the subject of considerable judicial criticism: *Black, supra; Hartman, supra.*

74 Quite simply, the existence of insurance is not an appropriate basis for the determination of tort liability between litigating parties. As Viscount Simonds noted in *Lister v. Romford Ice & Cold Storage Co.*, [1957] 1 All E.R. 125 (H.L.), at p. 133: "As a general proposition it has not, I think, been questioned for nearly two hundred years that, in determining the rights inter se of A and B, the fact that one or other of them is insured is to be disregarded".

75 Moreover, problems of application are bound to arise with a judicial exception to maternal tort immunity based on motor vehicle insurance. For instance, should liability be confined to the limits of the mother's insurance policy? Contributory negligence as a vehicle passenger may not be covered by insurance. In addition, the mother's action may be barred by a wide range of coverage defences available to her insurer. This Court has consistently held that the existence of insurance is irrelevant to a determination of tortious liability. Accordingly, it would be inappropriate to resolve this appeal on that basis.

## VI. Summary

76 Perhaps a very brief summary of some of the more significant conclusions reached in these reasons may be of assistance. This is the first case in which Canadian courts have had to examine the theory of maternal tort liability for prenatal negligence. The judicial recognition of a legal duty of care owed by a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child requires that the two-step test articulated in *Kamloops, supra*, be

responsabilité. Bien que certaines cours américaines aient invoqué la généralisation de l'assurance de responsabilité pour accueillir des poursuites en dommages-intérêts entre les membres d'une même famille, ce raisonnement a fait l'objet de nombreuses critiques de la part des tribunaux: *Black et Hartman, précités.*

L'existence d'une assurance ne peut tout simplement pas servir de fondement à la détermination de la responsabilité délictuelle des parties à un litige. Comme le vicomte Simonds l'a souligné dans la décision *Lister c. Romford Ice & Cold Storage Co.*, [1957] 1 All E.R. 125 (H.L.), à la p. 133: [TRADUCTION] «Depuis près de deux cent ans, je pense que n'a jamais été remise en question la règle générale voulant que, lorsque l'on détermine les droits qu'ont A et B l'un envers l'autre, il ne faut pas tenir compte du fait que l'un ou l'autre est assuré».

De plus, fonder l'exception judiciaire à l'immunité de la mère en matière délictuelle sur l'existence d'une assurance-automobile ne manquera pas de susciter des problèmes d'application. Par exemple, la responsabilité devrait-elle être limitée au maximum de la couverture d'assurance de la mère? Il se peut que la négligence contributive du passager ne soit pas couverte par les assurances. De plus, l'action de la mère peut se heurter à toute une panoplie de moyens de défense touchant à la couverture du risque que son assureur peut invoquer. Notre Cour a conclu à maintes reprises que l'existence d'une assurance n'est pas pertinente en ce qui concerne la détermination de la responsabilité délictuelle. Il ne conviendrait donc pas de régler le sort du présent pourvoi sur ce fondement.

## VI. Résumé

Il peut être utile de résumer très brièvement quelques-unes des conclusions les plus importantes des présents motifs. Il s'agit de la première affaire dans laquelle les tribunaux canadiens ont dû se pencher sur la théorie de la responsabilité délictuelle de la mère pour la négligence commise avant la naissance. La reconnaissance judiciaire d'une obligation légale de diligence pesant sur la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte ou de

satisfied. The conclusion reached with respect to the second branch of that test determines the outcome of this appeal. The public policy concerns raised in this case are of such a nature and magnitude that they clearly indicate that a legal duty of care cannot, and should not, be imposed by the courts upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child. However, unlike the courts, the legislature may, as did the Parliament of the United Kingdom, enact legislation in this field, subject to the limits imposed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Biology dictates that only women can become pregnant and bear children. In light of this very demanding biological reality, the courts should be hesitant to impose additional burdens upon pregnant women. In addition, the relationship between an expectant woman and her foetus is truly unique. Accordingly, there can be no meaningful analogy between a child's action for prenatal negligence against a third-party tortfeasor, on the one hand, and against his or her mother, on the other.

The actions of a pregnant woman, including driving, are inextricably linked to her familial role, her working life, and her rights of privacy, bodily integrity and autonomous decision-making. Moreover, the judicial recognition of this cause of action would involve severe psychological consequences for the relationship between mother and child, as well as the family unit as a whole. It is apparent that the imposition of tort liability in this context would have profound effects upon every pregnant woman and upon Canadian society in general. Therefore, I must agree with the conclusion reached by Brock C.J. and Batchelder J., dissenting in *Bonte*, *supra* (at p. 468):

Such after-the-fact judicial scrutiny of the subtle and complicated factors affecting a woman's pregnancy may make life for women who are pregnant or who are

l'enfant auquel elle donne naissance par la suite nécessite le respect du critère à deux volets formulé dans l'arrêt *Kamloops*, précité. La conclusion tirée relativement au second volet de ce critère détermine l'issue du présent pourvoi. La nature et l'ampleur des considérations touchant la politique publique soulevées en l'espèce sont telles qu'elles indiquent clairement qu'une obligation de diligence ne peut et ne doit pas être imposée par les tribunaux à la femme enceinte à l'égard du foetus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Cependant, contrairement aux tribunaux, le législateur peut à l'instar du Parlement du Royaume-Uni, légiférer en la matière, sous réserve des limites imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La biologie a décidé que seules les femmes peuvent avoir des enfants. Compte tenu de cette réalité biologique très exigeante, les tribunaux doivent hésiter à imposer des fardeaux supplémentaires aux femmes enceintes. En outre, la relation entre la femme enceinte et le foetus est véritablement unique. Par conséquent, il ne peut y avoir aucune comparaison utile entre, d'une part, l'action exercée par un enfant pour négligence commise avant sa naissance contre le tiers auteur d'un délit, et, d'autre part, celle qu'il dirige contre sa mère.

Les actes de la femme enceinte, incluant la conduite automobile, sont inextricablement liés à son rôle familial, à sa vie professionnelle et à son droit à la vie privée, à l'intégrité physique et à l'autonomie décisionnelle. De plus, la reconnaissance par les tribunaux de cette cause d'action aurait de graves conséquences psychologiques sur la relation entre la mère et l'enfant de même que sur la cellule familiale dans son ensemble. Il est manifeste que l'imposition d'une responsabilité délictuelle dans ce contexte aurait des effets profonds sur chaque femme enceinte et sur la société canadienne en général. Par conséquent, je ne puis qu'être d'accord avec la conclusion tirée par le juge en chef Brock et le juge Batchelder qui étaient dissidents dans l'arrêt *Bonte*, précité, à la p. 468:

[TRADUCTION] L'examen après le fait par les tribunaux des facteurs subtils et complexes touchant la grossesse est susceptible de rendre insupportable la vie des

77

78

merely contemplating pregnancy intolerable. For these reasons, we are convinced that the best course is to allow the duty of a mother to her fetus to remain a moral obligation which, for the vast majority of women, is already freely recognized and respected without compulsion by law.

femmes qui sont enceintes ou qui ne font qu'envisager de le devenir. Pour ces motifs, nous sommes convaincus que la meilleure solution consiste à permettre que l'obligation de la mère envers le fœtus demeure une obligation morale reconnue de plein gré par la plupart des femmes et respectée par elles sans que la loi ne les y oblige.

79 There is as well a need for judicial restraint in the development of tort law as it pertains to sensitive and far-reaching issues of public policy. The imposition of a legal duty of care upon a pregnant woman towards her foetus or subsequently born child cannot be characterized as the simple application of existing tort rules to meet the requirements of a specific case. Rather, it constitutes a severe intrusion into the lives of pregnant women, with potentially damaging effects on the family unit.

La retenue judiciaire s'impose également lorsqu'il s'agit de l'évolution du droit de la responsabilité délictuelle relativement à des questions délicates et d'une portée considérable touchant la politique publique. L'imposition à la femme enceinte d'une obligation légale de diligence à l'égard du fœtus qu'elle porte ou de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite ne peut être qualifiée de simple application des règles existantes en matière délictuelle afin de satisfaire aux exigences d'une affaire particulière. Elle constitue plutôt une intrusion grave dans la vie des femmes enceintes qui est susceptible d'entraîner des effets négatifs sur la cellule familiale.

80 Moreover, there can be no satisfactory judicial articulation of a standard of conduct for pregnant women. A rule based on a "reasonable pregnant woman" standard raises the spectre of tort liability for lifestyle choices, and undermines the privacy and autonomy rights of women. A compromise judicial solution, based on the murky distinction between "lifestyle choices peculiar to parenthood" and a "general duty of care" owed to third parties, is simply too vague to be manageable, and will inevitably lead to inequitable and uncertain results.

De plus, aucune norme de conduite formulée par les tribunaux pour les femmes enceintes ne peut donner satisfaction. Une règle fondée sur la norme de la «femme enceinte raisonnable» fait apparaître le spectre de la responsabilité délictuelle pour des choix de mode de vie, et elle porte atteinte au droit des femmes à la vie privée et à l'autonomie. Une solution judiciaire mitoyenne, fondée sur la distinction floue entre les «choix de style de vie particul[i]ers du parent» et l'«obligation générale de diligence» envers les tiers, est simplement trop vague pour être applicable et mènera inévitablement à des résultats inéquitables et incertains.

81 Finally, a rule based on a strictly defined motor vehicle exception to delineate the scope of maternal tort liability should not be created by the judiciary. To do so would be to sanction a legal solution based solely on access to insurance. If this approach were to be adopted, the provincial legislatures would be required to amend their legislative compensation regimes for motor vehicle accidents. Any such amendment might well be required to specify that it constituted an exception to the general rule of maternal tort immunity for

Finalement, les tribunaux ne doivent pas créer une règle fondée sur une exception strictement définie concernant les véhicules à moteur pour déterminer l'étendue de la responsabilité délictuelle de la mère car en agissant de la sorte, ils sanctionneraient une solution reposant uniquement sur l'accès aux assurances. Si cette approche était retenue, les législateurs provinciaux seraient obligés de modifier leurs régimes légaux d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. Cette modification pourrait bien s'avérer néces-

prenatal negligence, and that the injured child could not recover damages above the limit established by the insurance scheme. A carefully tailored solution could benefit both the injured child and his or her family, without unduly restricting the privacy and autonomy rights of Canadian women.

## VII. Disposition

The order of the Court of Appeal and the trial judgment are set aside. The appeal is allowed but, under the circumstances, without costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. — The issue on this appeal is whether the common law should hold a pregnant woman civilly liable for injury to her foetus when the foetus is later born alive. Thus far the courts have not imposed such liability. I agree with Cory J. that they should not do so now and unconditionally endorse his analysis and disposition of this appeal. I wish merely to add observations about the constitutional values underpinning the autonomy interest of pregnant women and the difficulty with using tort principles to restrict that interest.

In my view, to apply common law liability for negligence generally to pregnant women in relation to the unborn is to trench unacceptably on the liberty and equality interests of pregnant women. The common law must reflect the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Liability for foetal injury by pregnant women would run contrary to two of the most fundamental of these values — liberty and equality.

saire pour préciser que la solution retenue constitue une exception à la règle générale de l'immunité de la mère en matière délictuelle pour la négligence commise avant la naissance et que l'enfant atteint d'un préjudice ne peut obtenir de dommages-intérêts supérieurs à la limite fixée par le régime d'assurance. Une solution soigneusement élaborée pourrait profiter tant à l'enfant ayant subi un préjudice qu'à sa famille, sans porter indûment atteinte au droit des Canadiennes à la vie privée et à l'autonomie.

## VII. Dispositif

L'ordonnance de la Cour d'appel et le jugement de première instance sont annulés. Le pourvoi est accueilli mais, vu les circonstances, il n'y aura aucune adjudication de dépens.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — La question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si en common law la femme enceinte doit être tenue civilement responsable du préjudice subi par le foetus qu'elle porte lorsque celui-ci naît vivant. Jusqu'ici, les tribunaux n'ont pas imposé une telle responsabilité. Je suis d'accord avec le juge Cory qu'ils ne doivent pas maintenant commencer à le faire, et je souscris inconditionnellement à son analyse et à sa façon de trancher le pourvoi. J'ajouterais simplement quelques remarques sur les valeurs constitutionnelles qui sous-tendent le droit à l'autonomie des femmes enceintes et sur les difficultés que suscite le recours aux principes de la responsabilité délictuelle pour restreindre ce droit.

À mon avis, appliquer de façon générale la responsabilité pour négligence prévue en common law aux femmes enceintes vis-à-vis les enfants à naître porte atteinte de façon inacceptable au droit à la liberté et à l'égalité de ces femmes. La common law doit refléter les valeurs consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Rendre les femmes enceintes responsables des blessures subies par le foetus qu'elles portent irait à l'encontre de deux de ces valeurs les plus fondamentales — la liberté et l'égalité.

82

83

84

85

I turn first to liberty. Virtually every action of a pregnant woman — down to how much sleep she gets, what she eats and drinks, how much she works and where she works — is capable of affecting the health and well-being of her unborn child, and hence carries the potential for legal action against the pregnant woman. Such legal action in turn carries the potential to bring the whole of the pregnant woman's conduct under the scrutiny of the law. This in turn has the potential to jeopardize the pregnant woman's fundamental right to control her body and make decisions in her own interest: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, *per* Wilson J.

86

The intrusion upon the pregnant woman's autonomy worked by the proposed common law rule would also violate her right to equal treatment. Canadians generally enjoy the full right to decide what they will eat or drink, where they will work and other personal matters. Pregnant women, however, would not enjoy that right. In addition to the usual duties of prudent conduct imposed on all who engage in life's various activities, pregnant women would be subject to a host of additional restrictions. Any other individual can avoid being a tortfeasor by isolating himself or herself from other members of society. The pregnant woman has no such choice. She carries her foetus 24 hours a day, seven days a week.

87

To say women choose pregnancy is no answer. Pregnancy is essentially related to womanhood. It is an inexorable and essential fact of human history that women and only women become pregnant. Women should not be penalized because it is their sex that bears children: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219. To say that broad legal constraints on the conduct of pregnant women do not constitute unequal treatment because women choose to become pregnant is to

J'examine d'abord la liberté. À toutes fins utiles, chaque geste accompli par la femme enceinte — et jusqu'à ses heures de sommeil, ce qu'elle mange et ce qu'elle boit, sa charge de travail et son milieu de travail — peut avoir une incidence sur la santé et le bien-être de l'enfant à naître et, par conséquent, est susceptible de donner lieu à une action en justice contre la femme enceinte. Cette action en justice est elle-même susceptible d'assujettir à un examen minutieux, tous les faits et gestes de la femme enceinte, ce qui peut, éventuellement, mettre en péril le droit fondamental de la femme enceinte d'être maîtresse de son propre corps et de prendre des décisions dans son propre intérêt: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson.

L'ingérence dans l'autonomie de la femme enceinte qu'engendrerait la règle de common law proposée violerait également son droit à l'égalité. En général, les Canadiens sont entièrement libres de décider ce qu'ils mangeront ou boiront, de choisir leur lieu de travail et de se déterminer dans leur vie personnelle. Les femmes enceintes, cependant, seraient privées de ce droit. En plus d'être assujetties à l'obligation habituelle de se conduire prudemment dans l'exercice des activités humaines, les femmes enceintes feraient l'objet de toute une gamme de restrictions supplémentaires. N'importe qui peut éviter de commettre un délit en s'isolant des autres membres de la société. La femme enceinte, elle, ne le peut pas. Elle porte le fœtus 24 heures par jour, sept jours par semaine.

Dire que les femmes choisissent de devenir enceintes n'avance à rien. La grossesse est essentiellement liée au fait d'être femme. Il est une réalité inexorable et essentielle de l'histoire de l'humanité que les femmes — et seules les femmes — peuvent être enceintes. Elles ne doivent pas être pénalisées parce qu'elles appartiennent au sexe qui porte les enfants: *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219. Dire que l'imposition d'importantes contraintes juridiques concernant la conduite des femmes enceintes ne constitue pas une inégalité de traitement parce que les femmes elles-mêmes choisissent de devenir enceintes, c'est renforcer l'inégalité dont elles font l'objet par la

reinforce inequality by the fiction of deemed consent and the denial of what it is to be a woman.

Those who urge intrusion of common law tort liability into the lives of pregnant women do not, in the main, contest the impermissibility of broad interference with the rights of women to make decisions about their bodies and lives. They seek rather to reduce the intrusion on the autonomy of the pregnant woman to the point where the infringement on her liberty and equality interests is acceptable.

My difficulty is that the common law is unable to achieve this restrained result without distortion of the very methodology by which it operates and the introduction of new difficulties. The first proposal — the rule that only children “born alive” can sue — eliminates liability for abortion but leaves vast scope for curtailment of the pregnant woman’s autonomy. The second proposal — a rule that liability follows only where the mother has an insurance policy to cover the damage — flies in the face of the maxim that tort liability cannot be predicated on the means of the defendant. A third proposal, adopted by the Court of Appeal — that liability be restricted to situations where the pregnant woman already owes a duty to other people “generally” (in this case, a general duty to “drive carefully”) — violates the precept that a common law duty of care arises from the relationship of the parties before the court, not from the relationship between the defendant and a hypothetical plaintiff. Finally, the variant on the Court of Appeal’s theory adopted by Major J. — that the additional duty must be owed to an actual third party — still violates the principle that the duty of care in tort must be founded on the relationship between the actual parties to the dispute before the court, and makes recovery conditional on the serendipitous coincidence that another person stood to be injured by the pregnant woman’s act or omission. I am not persuaded that the common law can be narrowed

fiction du consentement réputé et la négation de la nature même de la femme.

88  
Ceux qui réclament l’ingérence de la responsabilité délictuelle prévue en common law dans la vie des femmes enceintes ne contestent pas, en général, l’inadmissibilité d’un empiétement important sur le droit des femmes de prendre des décisions concernant leur corps et leur vie. Ils cherchent plutôt à réduire l’ingérence dans l’autonomie de la femme enceinte de manière que l’atteinte portée au droit à la liberté et à l’égalité de celle-ci soit acceptable.

89  
Le problème, c’est que la common law ne peut parvenir à ce résultat sans dénaturer sa propre méthodologie ni introduire de nouvelles difficultés. La première proposition — la règle que seuls les enfants «nés vivants» peuvent agir en justice — élimine la responsabilité que pourrait encourir la femme en cas d’interruption de grossesse, mais elle laisse subsister un large champ d’intervention ouvert à ceux qui voudraient réduire l’autonomie de la femme enceinte. La deuxième proposition — la règle selon laquelle la responsabilité de la mère n’est engagée que si celle-ci a souscrit une police d’assurance pour la couvrir — va complètement à l’encontre de la maxime qui veut que la responsabilité délictuelle ne peut être fondée sur les ressources du défendeur. Une troisième proposition, adoptée par la Cour d’appel — selon laquelle la responsabilité de la femme enceinte serait limitée aux cas où elle est déjà tenue d’une obligation «générale» à l’égard d’autrui (en l’espèce, l’obligation générale de «conduire prudemment») — viole le précepte selon lequel en common law l’obligation de diligence découle de la relation qui existe entre les parties qui se présentent devant le tribunal, non de la relation qui existe entre le défendeur et un demandeur hypothétique. Enfin, la variante de la théorie de la Cour d’appel qu’a retenue le juge Major — selon laquelle l’obligation supplémentaire doit exister à l’égard d’un véritable tiers — viole toujours le principe selon lequel l’obligation de diligence en matière de responsabilité délictuelle doit être fondée sur le lien qui existe entre les véritables parties au litige porté devant la cour, et subordonne la

to achieve the result here sought while staying true to its principles.

réparation à l'existence, par un heureux concours de circonstances, d'une autre victime à qui un acte ou une omission de la femme enceinte a causé un préjudice. Je ne suis pas convaincue qu'on puisse limiter la common law de façon à parvenir au résultat visé en l'espèce tout en respectant les principes.

90

The goal of the Court of Appeal and those who advocate liability in this case is modest. They simply want children who are born with injuries sustained before birth due to their mother's negligence in operating a motor vehicle to be able to recover under the mother's liability insurance policy. That may be a laudable goal. The difficulty is that in order to achieve this modest goal judicially, they cast themselves on the horns of a dilemma: either they shape the common law in a way that has the potential to render pregnant women liable for a broad range of conduct and unjustifiably trammel liberty and rights to equal treatment; or they accept category-based restrictions antithetical to the common law method. Legislative action, the route chosen in England, can accomplish the limited goal of permitting children like the respondent to access motor vehicle liability insurance without these negative consequences. In these circumstances, the courts should not intervene.

L'objectif que visent la Cour d'appel et ceux qui préconisent l'imposition d'une responsabilité dans la présente affaire est modeste. Ils veulent tout simplement que les enfants qui naissent atteints d'un préjudice subi avant leur naissance en raison de la négligence dont leur mère a fait preuve au volant puissent obtenir réparation grâce à la police d'assurance de responsabilité souscrite par leur mère. Si louable qu'il soit, le but modeste qu'ils cherchent à atteindre par voie judiciaire les enferme dans un dilemme: ou bien ils adaptent la common law de façon que les femmes enceintes puissent être tenues responsables de toute une gamme de conduites et ils portent alors atteinte sans justification à la liberté et aux droits à l'égalité de ces dernières, ou bien ils acceptent l'application de restrictions fondées sur des catégories, ce qui constitue l'antithèse de la méthode de la common law. La voie législative, privilégiée en Angleterre, peut permettre d'atteindre l'objectif limité qui consiste à assurer aux enfants placés dans la même situation que l'intimé l'accès à l'assurance de responsabilité automobile, tout en évitant ces conséquences négatives. Dans les circonstances, les tribunaux ne doivent pas intervenir.

The reasons of Major and Bastarache JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Major et Bastarache rendus par

91

MAJOR J. (dissenting) — On March 14, 1993, the appellant Cynthia Dobson was driving a motor vehicle towards Moncton, New Brunswick, on Route 126. There were patches of drifted snow and slush on the road and the weather was unsettled. At approximately 12:30 p.m., her vehicle collided with that of John Carter. Cynthia Dobson was 27 weeks pregnant. The respondent Ryan Dobson was born by Caesarean section later the same day. He suffered injuries in the collision resulting in permanent mental and physical impairment, including

LE JUGE MAJOR (dissident) — Le 14 mars 1993, l'appelante Cynthia Dobson conduisait un véhicule à moteur en direction de Moncton (Nouveau-Brunswick), sur la route 126. Il y avait des plaques de neige amoncelée et de neige fondante sur la route et le temps était incertain. Vers 12 h 30, son véhicule est entré en collision avec celui de John Carter. Cynthia Dobson était enceinte de 27 semaines. L'intimé Ryan Dobson est né par césarienne plus tard le même jour. Il a subi des blessures dans la collision qui ont entraîné une

cerebral palsy, and alleges that the collision was caused by his mother's negligent driving.

The issue is whether a born alive child has the legal capacity to commence a tort action against his mother for prenatal injuries sustained as a result of her alleged negligent driving.

The trial judge granted the respondent standing to sue. He reasoned that since a child has a right to sue his parents in tort (*Deziel v. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651 (Ont. H.C.)), and since a born alive child has a right to sue third parties in tort for injuries sustained *in utero* (*Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), *aff'd* (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.)), it follows that a born alive child has a right to sue his mother in tort for injuries sustained *in utero*.

The trial judge held (186 N.B.R. (2d) 81, at p. 88) that his conclusion followed as a matter of "reasonable progression":

But if an action can be sustained by a child against a parent, and if an action can be sustained against a stranger for injuries suffered by a child before birth, then it seems to me a reasonable progression to allow an action by a child against his mother for prenatal injuries caused by her negligence.

There are two central objections to the trial judge's conclusion. Both are based on the unique relationship between a pregnant woman and her foetus. The first is that the trial judge's reasons rest on the mistaken assumption that the relation between a pregnant woman and her foetus can be analogized to the relation between third parties and the foetus. A pregnant woman cannot have a duty of care to her own foetus, which is at law but a part of herself. Thus, it is argued that the *sui generis*

incapacité mentale et physique permanente, notamment une paralysie cérébrale, et il allègue que la collision a été causée par la négligence de sa mère au volant.

La question à trancher est de savoir si l'enfant né vivant a la capacité juridique d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère pour le préjudice prénatal résultant de la négligence dont cette dernière aurait fait preuve au volant.

Le juge de première instance a reconnu à l'intimé la qualité pour agir. Il a tenu le raisonnement suivant: puisque l'enfant a le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre ses parents (*Deziel c. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651 (H. C. de l'Ont.)) et que l'enfant né vivant a le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre des tiers pour le préjudice subi *in utero* (*Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), *conf. par* (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.)), l'enfant né vivant a le droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère pour obtenir réparation du préjudice subi *in utero*.

Le juge de première instance décide (186 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 81, à la p. 88) que sa conclusion découle d'une [TRADUCTION] «évolution raisonnable»:

[TRADUCTION] Toutefois, si un enfant peut intenter une action à son père ou à sa mère et si une action peut être intentée à un étranger pour des blessures subies par un enfant avant sa naissance, il me semble raisonnable de franchir un pas de plus et d'autoriser un enfant à intenter une action à sa mère pour un préjudice corporel prénatal imputable à la négligence de cette dernière.

La conclusion du juge de première instance se heurte à deux objections principales qui sont fondées sur la relation unique entre la femme enceinte et le foetus. La première est que le juge de première instance présume à tort qu'il est possible de comparer la relation entre la femme enceinte et le foetus avec la relation entre les tiers et le foetus. La femme enceinte ne peut être tenue d'une obligation de diligence envers le foetus qu'elle porte, lequel, en droit, n'est qu'une partie d'elle-même.

92

93

94

95

nature of the relation between a pregnant woman and her foetus does not permit the application of the holdings in *Montreal Tramways*, *supra*, and *Duval*, *supra*, to the instant case. The legal unity of pregnant woman and foetus precludes the finding of a duty of care.

96

The second objection raises the policy implications of the trial judge's decision. A pregnant woman and her foetus are physically one, in the sense that she carries her foetus within herself. Virtually every aspect of her behaviour could foreseeably affect her foetus. Thus the vindication of a born alive child's right to sue his mother in tort would severely constrain a pregnant woman's freedom of action. The physical unity of pregnant woman and foetus means that the imposition of a duty of care would amount to a profound compromise of her privacy and autonomy. Therefore, even if a duty of care could be said to arise in the instant case, there are determinative policy considerations, formulated by this Court in *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925, negating the finding of a duty of care.

#### The First Branch of the Kamloops Test

97

These two objections correspond to the two-step test in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-52, which was adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. The test was stated by Wilson J. at pp. 10-11:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the [defendant] and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that person? If so,

L'on prétend donc que la nature *sui generis* de la relation entre la femme enceinte et le fœtus s'oppose à l'application de la conclusion tirée dans *Montreal Tramways* et *Duval*, précités, à la présente affaire. L'unité juridique de la femme enceinte et du fœtus empêche de conclure à l'existence d'une obligation de diligence.

La seconde objection soulève la question des conséquences d'ordre politique de la décision rendue par le juge de première instance. La femme enceinte et le fœtus constituent une seule personne physique, en ce sens qu'elle porte le fœtus en elle-même. Il est à prévoir que tout comportement de la femme enceinte est susceptible d'affecter le fœtus. Donc, la reconnaissance du droit de l'enfant né vivant d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère restreindrait grandement la liberté d'action de la femme enceinte. L'unité physique de la femme enceinte et du fœtus signifie que l'imposition d'une obligation de diligence équivaldrait à compromettre sérieusement la vie privée et l'autonomie de la femme enceinte. Par conséquent, même si l'on pouvait conclure à l'existence d'une obligation de diligence dans la présente affaire, des considérations d'ordre politique déterminantes, que notre Cour a formulées dans *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925, s'opposent à toute conclusion en ce sens.

#### Le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt Kamloops

Ces deux objections correspondent au critère à deux volets énoncé dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pp. 751 et 752, qui a été adopté par notre Cour dans *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Aux pp. 10 et 11, le juge Wilson a formulé ce critère de la façon suivante:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties ([le défendeur] et la personne qui a subi les dommages) pour que [le défendeur ait] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,

(2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

The parties to the present action are a mother and her born alive child, not a pregnant woman and her foetus. The parties are separate legal entities. This distinguishes the appeal from cases dealing with abortion (see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530) and the autonomy rights of pregnant women (see *Winnipeg, supra*).

The well-settled rule that a born alive child has a right to sue third parties for injuries prenatally sustained (i.e., the “born alive rule”) does not entail an assertion of foetal rights. If the rule is applied in the present case, the duty of care at issue would not be owed by the pregnant woman to her foetus. It would be owed to her born alive child.

The foetus has no cause of action. There is no doubt that a foetus can be injured in a car accident. But this physical injury is not an actionable harm. It is not a legal fact. It is legally meaningless until it arises as the suffering of a legal person — the born alive child. Had there been no birth, no legally recognized injury would have taken place. Birth transforms the physical injury sustained by the foetus into an actionable harm. Not the injury to the foetus but the injury to the born alive child’s mental and physical functioning is actionable.

As Lamont J. put it in *Montreal Tramways, supra*, at p. 463, “[t]he wrongful act of the Company produced its damage on the birth of the child and the right of action was then complete” (emphasis added). There was no legal damage, though there was physical injury, before the birth of the child. The actionable damage did not antecede the birth. What is actionable in this appeal is not whatever it was that happened to the respondent as a foetus. What is actionable in this appeal is what

2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l’obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu?

Les parties à la présente action sont une mère et son enfant né vivant, et non une femme enceinte et son foetus. Les parties sont des entités juridiques distinctes. C’est ce qui permet de distinguer le présent pourvoi des affaires visant l’avortement (voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530) et les droits d’autonomie de la femme enceinte (voir *Winnipeg, précité*).

La règle bien établie selon laquelle l’enfant né vivant a le droit d’agir contre des tiers en réparation du préjudice prénatal (c.-à.-d., le «principe de la naissance vivante») n’emporte pas reconnaissance de droits au foetus. Si la règle est appliquée en l’espèce, la femme enceinte ne serait pas tenue d’une obligation de diligence envers le foetus, mais envers l’enfant né vivant.

Le foetus n’a pas de cause d’action. Il ne fait aucun doute qu’il peut être blessé dans un accident d’automobile. Cependant, ce préjudice corporel n’est pas un dommage donnant droit à une action. Il ne constitue pas un fait juridique. Il n’a d’effet juridique que lorsqu’il se manifeste dans les souffrances d’une personne juridique — l’enfant né vivant. À défaut de naissance, il n’y a pas de préjudice en droit. La naissance transforme le préjudice corporel subi par le foetus en un dommage donnant ouverture à action. C’est le préjudice porté aux capacités mentales et physiques de l’enfant né vivant, et non le préjudice subi par le foetus, qui donne ouverture à action.

Comme le juge Lamont l’écrit dans *Montreal Tramways, précité*, à la p. 463, [TRADUCTION] «[l’]acte fautif de la Société a produit le dommage à la naissance de l’enfant et le droit d’action était dès lors acquis» (je souligne). Il n’y avait pas de dommage en droit, bien qu’il y ait eu préjudice corporel avant la naissance de l’enfant. Le dommage donnant ouverture à action n’a pas précédé la naissance. Ce qui donne ouverture à action dans le présent pourvoi, ce n’est pas ce qui est arrivé à

98

99

100

101

is now happening to the respondent as a child. It is the child's cerebral palsy and related injuries that are actionable.

102 There is no such thing as "liability for prenatal injuries". Under existing Canadian law the foetus does not exist for purposes of state protection or civil action: see *Winnipeg, supra*. The pregnant woman has no responsibility for damages or otherwise to the foetus and that is so whether the harm is accidental, negligent or deliberate. While most pregnant women take special care to ensure a healthy foetus, there is no legal requirement that they do so. Only damages to a legal person are actionable.

103 The law of tort views a born alive child as a person capable of suing third parties for damages resulting from injuries inflicted on her as a foetus. Absent the born alive child, however, foetal injuries are legally irrelevant. Thus, while there is no liability for prenatal injuries, there is liability for post-natal injuries resulting from prenatal events caused by a third party's negligence.

104 The ability of the child to sue depends on his legal existence. In this appeal, the physical injury sustained *in utero* is irrelevant to the question of standing. It has relevance only as a matter of causation. The plaintiff must prove, on the balance of probabilities, that his damages were in fact caused by the defendant's negligence. Ryan Dobson must prove that his damages result from the negligent driving of his mother.

105 A pregnant woman cannot owe a duty of care to her foetus any more than she can owe a duty of care to herself. The duty of care is owed to the born alive child. Whatever may be said as a matter of policy, the trial judge's "reasonable progression" is not inconsistent with the legal unity of

l'intimé alors qu'il était à l'état de fœtus. Ce qui donne ouverture à action dans le présent pourvoi, c'est ce qui arrive maintenant à l'intimé devenu enfant. Ce sont la paralysie cérébrale de l'enfant et les blessures y afférentes qui donnent ouverture à action.

La «responsabilité pour préjudice prénatal» n'existe pas. Sous le régime du droit canadien actuel, le fœtus n'existe pas comme objet de protection de l'État ou d'une action civile: voir, *Winnipeg, précité*. La femme enceinte n'encourt aucune responsabilité à l'égard du fœtus, en matière de dommages ou autrement, que ce soit en raison d'un accident, d'une négligence ou d'un acte délibéré. Bien que la plupart des femmes enceintes prennent un soin particulier à assurer la santé du fœtus, la loi ne les oblige pas à le faire. Seul les dommages causés à une personne juridique donnent ouverture à action.

Le droit de la responsabilité délictuelle tient l'enfant né vivant pour capable d'agir en justice contre un tiers pour obtenir réparation des dommages résultant du préjudice qu'il a subi à l'état de fœtus. À défaut de naissance vivante, le préjudice subi par le fœtus est sans effet juridique. Ainsi, bien qu'il n'existe pas de responsabilité pour préjudice prénatal, il y a responsabilité pour préjudice postnatal résultant d'événements survenus avant la naissance et causés par la négligence d'un tiers.

La capacité d'agir en justice de l'enfant est liée à son existence juridique. Dans le présent pourvoi, le préjudice corporel subi *in utero* est sans pertinence quant à la qualité pour agir. Il n'est pertinent qu'au regard du lien de causalité. Le demandeur doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le dommage qu'il a subi a en fait été causé par la négligence du défendeur. Ryan Dobson doit prouver que le dommage qu'il a subi résulte de la négligence de sa mère au volant.

La femme enceinte ne peut pas plus être tenue d'une obligation de diligence envers le fœtus, qu'elle ne peut être assujettie à une obligation de diligence envers elle-même. L'obligation de diligence existe au profit de l'enfant né vivant. Quoi que l'on puisse dire sur le plan des principes,

pregnant woman and foetus. It has nothing to do with that unity.

In Canada, a pregnant woman has an unrestricted legal right to an abortion from conception to the time of birth, but once the child is born alive he is a legal person with all the rights that accompany that status. The right of the pregnant woman to terminate her pregnancy is unrelated to her possible responsibility to her child once born alive. An application of the first branch of the *Kamloops* test to the present case would unquestionably find that the appellant mother while driving her car owed a duty of care to other users of the highway and to passengers in her car. In my opinion, the duty of care owed by the mother to her born alive child is obvious, providing she knows or ought to know that she is pregnant at the time of the act.

#### The Second Branch of the *Kamloops* Test

The next question is whether policy reasons as contemplated in *Kamloops* deprive the born alive plaintiff Ryan Dobson of his cause of action.

In para. 31 of his reasons, Cory J. postulates that such policy considerations do exist. He states:

On behalf of the infant respondent, it was argued that the reasoning in *Winnipeg* is not determinative because it dealt with the standing of the foetus to sue while still *in utero*. In *Winnipeg*, the foetus which sought the detention of its mother-to-be was not a legal person and possessed no legal rights. By contrast, the present action is brought on behalf of an infant born alive whose legal rights and interests vested at the moment of birth. In other words, the sole issue in this appeal is whether a child born alive — as opposed to a foetus — should be able to recover damages for prenatal negligence from every person except his or her mother. Despite the important legal distinction between a foetus and a child born alive, as a matter of social policy and pragmatic

l'«évolution raisonnable» évoquée par le juge de première instance n'est pas incompatible avec l'unité juridique de la femme enceinte et du fœtus. Elle n'a rien à voir avec cette unité.

Au Canada, la loi reconnaît à la femme enceinte le droit absolu d'obtenir un avortement de la conception jusqu'au moment de la naissance, mais une fois que l'enfant est né vivant, c'est une personne juridique qui jouit de tous les droits rattachés à cet état. Le droit de la femme enceinte de mettre un terme à sa grossesse n'est pas lié à sa responsabilité éventuelle envers son enfant une fois qu'il est né vivant. L'application en l'espèce du premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops* mènerait sans aucun doute à la conclusion que la mère appelante avait, au volant de son automobile, une obligation de diligence envers les autres usagers de la route et les passagers de son véhicule. À mon avis, l'obligation de diligence à laquelle est tenue la mère envers son enfant né vivant est évidente, si elle sait ou aurait dû savoir qu'elle était enceinte au moment où l'acte est accompli.

#### Le second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Kamloops*

La question suivante est de savoir si les motifs d'ordre politique envisagés dans l'arrêt *Kamloops* privent le demandeur né vivant, Ryan Dobson, de sa cause d'action.

Au paragraphe 31 de ses motifs, le juge Cory fait état de telles considérations d'ordre politique. Il écrit:

On a soutenu, au nom de l'enfant en bas âge intimé, que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Winnipeg* n'était pas décisif parce qu'il portait sur la question de savoir si le fœtus avait qualité pour agir en justice *in utero*. Dans cette affaire, le fœtus qui demandait la détention de sa future mère ne jouissait pas de la personnalité juridique et ne possédait aucun droit. Par contraste, la présente action est intentée au nom d'un enfant né vivant, dont les droits se sont cristallisés au moment de la naissance. En d'autres termes, la seule question faisant l'objet du présent pourvoi est de savoir si l'enfant né vivant — par opposition au fœtus — doit pouvoir réclamer à tous, sauf à sa mère, des dommages-intérêts pour une négligence commise avant sa naissance. Même si le droit fait

106

107

108

reality, both situations involve the imposition of a duty of care upon a pregnant woman towards either her foetus or her subsequently born child. To impose either duty of care would require judicial scrutiny into every aspect of that woman's behaviour during pregnancy. Irrespective of whether the duty of care is imposed upon a pregnant woman towards her foetus or her subsequently born child, both would involve severe intrusions into the bodily integrity, privacy and autonomous decision-making of that woman. Accordingly, the policy concerns raised by McLachlin J. in *Winnipeg* are equally pertinent to this appeal.

une distinction importante entre le fœtus et l'enfant né vivant, vu sous l'angle de la politique sociale et de la réalité pragmatique, il est question dans les deux cas d'imposer une obligation de diligence à la femme enceinte soit à l'égard du fœtus qu'elle porte, soit à l'égard de l'enfant auquel elle donne naissance par la suite. Dans les deux cas, les tribunaux seraient obligés d'examiner attentivement chacune des facettes du comportement de la femme pendant sa grossesse. Que l'obligation de diligence pesant sur la femme enceinte concerne le fœtus qu'elle porte ou l'enfant auquel elle donne naissance par la suite, il y aura dans un cas comme dans l'autre, atteinte grave à l'intégrité physique de la femme, à son droit à la vie privée et à son autonomie sur le plan décisionnel. Par conséquent, les considérations d'ordre politique soulevées par le juge McLachlin dans *Winnipeg* sont également pertinentes dans le cadre du présent pourvoi.

109 In my opinion, the policy concerns raised in *Winnipeg, supra*, relative to the pregnant woman and her foetus do not apply to the mother and her born alive child. This action was brought on behalf of a legal person, not a foetus. Cory J. suggests that, from the perspective of a pregnant woman, the important legal distinction between her foetus and her born alive child might not appear relevant. In his view, a pregnant woman might conclude that the behavioural restrictions to which she would be subjected in either case are identical. But the compelling point of departure is that, in contrast to *Winnipeg, supra*, in this appeal the pregnant woman's perspective is not the only legally recognized perspective. It competes with the recognized perspective of her born alive child.

À mon avis, les considérations d'ordre politique soulevées dans *Winnipeg*, précité, relativement à la femme enceinte et au fœtus ne s'appliquent pas à la mère et à son enfant né vivant. La présente action a été intentée au nom d'une personne juridique, et non pas au nom d'un fœtus. Le juge Cory affirme que, du point de vue de la femme enceinte, la distinction juridique importante établie entre le fœtus et l'enfant né vivant pourrait ne pas paraître pertinente. Selon lui, la femme enceinte pourrait conclure que les restrictions du comportement auxquelles elle serait soumise sont identiques dans les deux cas. Cependant, contrairement à la situation examinée dans l'arrêt *Winnipeg*, précité, le point de départ obligatoire est que dans le présent pourvoi, le point de vue de la femme enceinte n'est pas le seul qui soit juridiquement reconnu. Il est en concurrence avec le point de vue également reconnu de son enfant né vivant.

110 The issue here is twofold. First, would a finding that Cynthia Dobson owes the respondent a duty of care result in additional behavioural restrictions on her while she was pregnant? If so, are those restrictions of a nature that would justify a finding that the respondent's right to commence a tort action against his mother for prenatal injuries allegedly sustained as a result of her negligent driving

La question en litige en l'espèce est double. Premièrement, la conclusion que Cynthia Dobson est tenue envers l'intimé d'une obligation de diligence entraînerait-elle des restrictions de comportement supplémentaires pendant la grossesse? Dans l'affirmative, ces restrictions sont-elles de nature à justifier la conclusion que le droit de l'intimé d'intenter contre sa mère une action en responsabilité délictuelle pour le préjudice prénatal qu'il aurait subi en raison de la négligence de sa

should give way to Cynthia Dobson's autonomy rights on policy grounds?

I respectfully disagree with Cory J. that sufficient policy concerns have been raised on the facts of this case to negative the child's right to sue in tort. The appellant Cynthia Dobson was already under a legal obligation to drive carefully. She owed a duty of care to passengers in her car and to other users of the highway, such as John Carter, the other motorist involved in the collision. If her negligent driving caused the collision, she will be liable to John Carter.

In these circumstances, it would be unjustified to hold that the appellant should not be liable to her born alive child on the grounds that such liability would restrict her freedom of action. Her freedom of action in respect of her driving was already restricted by her duty of care to users of the highway. Hence, to acknowledge that the suffering of her born alive child, Ryan Dobson, was within the reasonably foreseeable ambit of the risk created by her negligent driving is hardly a limitation of her freedom of action. The appellant mother would not have had to take any further precautions, additional to those she was already legally obliged to take, in order to avoid liability to her born alive child.

The appellant's autonomy interests are not in issue. She was not legally free to operate a motor vehicle without due care. She did not have the freedom to drive carelessly. Therefore, it cannot be said that the imposition of a duty of care to her born alive child would restrict her freedom to drive. The respondent child cannot take away from his mother a freedom she did not have.

I respectfully disagree with McLachlin J. that the liberty and equality interests of pregnant women are in issue in this appeal. The values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and*

mère au volant doit céder aux droits relatifs à l'autonomie de Cynthia Dobson pour des motifs d'ordre politique?

Avec égards, je suis en désaccord avec le juge Cory qui estime que les faits de la présente affaire soulèvent des considérations d'ordre politique suffisantes pour priver l'enfant du droit d'intenter une action en responsabilité délictuelle. L'appelante Cynthia Dobson était légalement tenue de conduire prudemment. Elle était assujettie à une obligation de diligence envers les passagers de sa voiture et les autres usagers de la route, comme John Carter, l'autre automobiliste impliqué dans la collision. Si sa négligence au volant a provoqué la collision, l'appelante encourt une responsabilité à l'égard de John Carter.

Dans ces circonstances, on ne saurait soutenir qu'elle ne devrait pas encourir de responsabilité à l'égard de son enfant né vivant pour le motif que cette responsabilité restreindrait sa liberté d'action. Sa liberté d'action dans la conduite d'un véhicule était déjà restreinte par son obligation de diligence envers les usagers de la route. En conséquence, reconnaître que les souffrances de son enfant né vivant, Ryan Dobson, entraînent dans le cadre raisonnablement prévisible du risque créé par sa négligence au volant, ce n'est sûrement pas restreindre sa liberté d'action. La mère appelante n'aurait pas eu à prendre d'autres précautions que celles qu'elle était déjà légalement tenue de prendre afin d'éviter d'encourir une responsabilité à l'égard de son enfant né vivant.

Les droits d'autonomie de l'appelante ne sont pas en cause. Elle ne pouvait pas légalement conduire un véhicule à moteur sans faire preuve de diligence. Elle n'avait pas la liberté de conduire de façon négligente. Par conséquent, on ne peut dire que l'imposition d'une obligation de diligence à l'égard de son enfant né vivant restreindrait sa liberté de conduire. L'enfant intimé ne peut enlever à sa mère une liberté qu'elle n'avait pas.

Avec égards, je suis en désaccord avec la conclusion du juge McLachlin que le droit à la liberté et à l'égalité de la femme enceinte est en cause dans le présent pourvoi. Les valeurs inscrites dans

111

112

113

114

*Freedoms* do not grant pregnant women interests of any kind in negligent driving.

115 On the facts of this case, Ryan Dobson's *prima facie* right to sue in tort arises only on the same grounds and in the same way as that of the driver of the other car. In these circumstances, the appellant's freedom of action is not in issue, and the suggestion that her son's rights ought to be negated so as to protect her freedom of action is misplaced.

116 Where a pregnant woman already owes a duty of care to a third party in respect of the same behaviour for which her born alive child seeks to find her liable, policy considerations pertinent to the pregnant woman's freedom of action cannot operate so as to negative the child's *prima facie* right to sue. The duty of care imposed on the pregnant woman is not more onerous because of her potential liability to her born alive child.

117 The presence of a duty of care owed to a third party in respect of the same behaviour for which her born alive child seeks to find her liable precludes a pregnant woman from arguing successfully that her freedom of action would be restricted by the imposition of a duty of care to her born alive child. A grant of immunity from tort liability rooted in policy considerations pertinent to a pregnant woman's freedom of action must necessarily rest on a showing that such freedom of action would be restricted by the imposition of a duty of care to the born alive child. No such showing seems possible where the pregnant woman's freedom of action is already restricted in the very same respect by a duty of care owed to a third party.

118 I disagree with McLachlin J. that this view of the matter violates the principle that the duty of care in tort must be founded on the relationship between the actual parties to the dispute before the court. The point is not that the child's *prima facie*

la *Charte canadienne des droits et libertés* n'accorde à la femme enceinte aucun droit en matière de négligence au volant.

Compte tenu des faits de la présente affaire, le droit *prima facie* de Ryan Dobson d'intenter une action en responsabilité délictuelle prend naissance pour les mêmes motifs et de la même manière que celui du conducteur de l'autre automobile. Dans ces circonstances, la liberté d'action de l'appelante n'est pas en cause et l'idée que son fils doit être privé de ses droits pour protéger sa liberté d'action à elle est hors de propos.

Lorsque la femme enceinte est déjà tenue envers un tiers d'une obligation de diligence relativement au comportement pour lequel son enfant né vivant cherche à la faire déclarer responsable, des considérations d'ordre politique se rapportant à la liberté d'action de la femme enceinte ne peuvent être invoquées pour priver l'enfant de son droit *prima facie* d'intenter une action. L'obligation de diligence pesant sur la femme enceinte n'est pas plus lourde parce qu'elle peut être déclarée responsable à l'égard de son enfant né vivant.

L'existence d'une obligation de diligence envers un tiers relativement au comportement dont l'enfant né vivant cherche à la faire déclarer responsable empêche la femme enceinte d'alléguer avec succès que sa liberté d'action serait restreinte par l'imposition d'une obligation de diligence envers son enfant né vivant. La reconnaissance d'une immunité en matière de responsabilité délictuelle sur le fondement de considérations d'ordre politique se rapportant à la liberté d'action de la femme enceinte doit nécessairement reposer sur la preuve que cette liberté d'action serait restreinte par l'imposition d'une obligation de diligence envers l'enfant né vivant. Une telle preuve semble exclue lorsque la liberté d'action de la femme enceinte est déjà restreinte à cet égard par une obligation de diligence envers un tiers.

Je ne puis souscrire à la conclusion du juge McLachlin que cette façon d'envisager la question porte atteinte au principe selon lequel l'obligation de diligence en responsabilité délictuelle doit être fondée sur la relation entre les véritables parties au

right to sue arising from the first branch of *Kamloops* is conditional on the “serendipitous coincidence” that a third party is owed a duty of care. The point is that, where a duty of care is owed to a third party, the child’s *prima facie* right to sue cannot be negated under the second branch of *Kamloops* on policy grounds flowing from the pregnant woman’s freedom of action. The point is precisely that where, as here, a pregnant woman’s freedom of action is not in issue, nothing in the relationship between the actual parties to the dispute can possibly support the proposition that the imposition of liability to her born alive child would infringe her freedom of action.

But matters are different where the pregnant woman does not owe a third party a duty of care in respect of the behaviour, as, for instance, in her lifestyle choices such as smoking, drinking, and dietary and health-care decisions. That is also true of various other activities that may place the pregnant woman in harm’s way. The examples range from an unhealthy work or home environment to activities as extreme as bungy jumping. In such cases, the second branch of the *Kamloops* test may prevent the imposition of a duty of care because her freedom of action is in issue and policy reasons for immunity can be adduced. The distinction is plain and is obscured only by slippery slope and flood-gate types of argument founded in an understandably emotional response to the question.

Assume, for example, that another pregnant woman was a passenger in Cynthia Dobson’s car. If, as a result of negligent driving, the other pregnant woman gave birth to an injured child, there is absolutely no doubt that that born alive child would have a right to sue Cynthia Dobson: see *Montreal Tramways*, *supra*, and *Duval*, *supra*. In those circumstances, policy reasons flowing from

litige porté devant le tribunal. Ce n’est pas que le droit *prima facie* d’agir de l’enfant soit subordonné à l’existence, par l’effet d’un «heureux concours de circonstances», d’une obligation de diligence envers un tiers. C’est que lorsqu’il existe une obligation de diligence au profit d’un tiers, le droit *prima facie* d’agir de l’enfant ne peut être anéanti en vertu du second volet du critère énoncé dans *Kamloops* pour des considérations d’ordre politique découlant de la liberté d’action de la femme enceinte. C’est que justement dans un cas comme la présente affaire, où la liberté d’action de la femme enceinte n’est pas en cause, rien dans la relation entre les véritables parties au litige ne peut étayer l’idée que l’imposition d’une responsabilité à l’égard de son enfant né vivant porterait atteinte à sa liberté d’action.

Toutefois, il en va tout autrement lorsque la femme enceinte n’est pas tenue d’une obligation de diligence envers un tiers relativement au comportement, comme, par exemple, les choix concernant son mode de vie relativement au tabagisme, à la consommation d’alcool, à l’alimentation et aux soins de santé. On peut en dire autant de diverses autres activités qui peuvent s’avérer préjudiciables à la femme enceinte. Les exemples vont du milieu de travail ou de vie malsains jusqu’à des activités aussi extrêmes que le saut à l’élastique. Dans de tels cas, le second volet du critère énoncé dans l’arrêt *Kamloops* peut faire obstacle à l’imposition d’une obligation de diligence parce que sa liberté d’action est en cause et que des raisons d’ordre politique justifiant l’immunité peuvent être invoquées. La distinction est claire et n’est obscurcie que par des arguments fondés sur la crainte d’un dérapage ou d’une avalanche de poursuites, inspirée par une réaction émotionnelle qu’on peut comprendre.

Supposons par exemple qu’une autre femme enceinte ait pris place dans l’automobile de Cynthia Dobson. Si, en raison d’une négligence au volant, l’autre femme enceinte mettait au monde un enfant atteint d’un préjudice, il ne fait aucun doute que cet enfant né vivant aurait le droit de poursuivre Cynthia Dobson: voir, *Montreal Tramways* et *Duval*, précités. Dans ces circonstances, il

119

120

Cynthia Dobson's freedom of action capable of negating Ryan Dobson's right to sue seem impossible to formulate. His mother's freedom of action in respect of her driving was already restricted by the duty of care she owed to, *inter alia*, another born alive child.

semble impossible d'invoquer des considérations d'ordre politique se rapportant à la liberté d'action de Cynthia Dobson qui puissent priver Ryan Dobson de son droit d'intenter une action. La liberté d'action de sa mère dans la conduite d'un véhicule était déjà restreinte par l'obligation de diligence à laquelle elle était tenue notamment à l'égard d'un autre enfant né vivant.

121 The example confirms that no intrusion into a pregnant woman's freedom of action can be demonstrated in cases where a duty of care owed to a third party in respect of the same behaviour forms part of the factual situation. In such cases, the pregnant woman's freedom of action is not in issue.

Cet exemple confirme qu'il n'est pas possible d'établir qu'il y a atteinte à la liberté d'action de la femme enceinte lorsque l'obligation de diligence à laquelle elle est tenue envers un tiers relativement au même comportement est un élément du contexte factuel. Dans de tels cas, la liberté d'action de la femme enceinte n'est pas en cause.

122 This view of the matter has the advantage of providing a bright-line test to distinguish situations in which the pregnant woman's freedom of action is in issue from situations in which her freedom of action is not in issue. A given factual transaction either involves a duty of care to third parties or it does not. These matters are not crystal clear. But the law of tort is well-equipped to distinguish between situations where duties of care are owed and situations where duties of care are not owed. In jurisprudential matters, few lines could be brighter than those situations where a pregnant woman owes to third parties a duty of care in respect of the very same behaviour of which her born alive child complains and situations where she does not owe such duty to third parties.

Cette façon d'envisager la question a l'avantage d'offrir un critère permettant d'établir une distinction nette entre les situations dans lesquelles la liberté d'action de la femme enceinte est en cause et les situations dans lesquelles sa liberté d'action ne l'est pas. Dans une situation de faits donnée, l'obligation de diligence envers les tiers existe ou bien elle n'existe pas. Ces questions ne sont pas claires, à l'évidence. Cependant, le droit de la responsabilité délictuelle dispose des outils nécessaires pour établir une distinction entre les cas où il existe une obligation de diligence et ceux où il n'en existe pas. En matière jurisprudentielle, peu de situations pourraient être plus claires que celles où une femme enceinte a une obligation de diligence envers les tiers relativement au comportement même dont son enfant né vivant se plaint et celles où elle n'est pas tenue d'une telle obligation de diligence envers les tiers.

123 Policy considerations flowing from a pregnant woman's autonomy interests are not operative in situations, such as the case before us, where those interests are not in issue. These situations are distinguishable from situations where those interests are indeed in issue. Therefore, there is no need to beware that, in deciding this appeal on its own facts, we will have decided infinitely more difficult cases truly involving lifestyle choices and autonomy interests of pregnant women. On the contrary, the very depth, complexity and impor-

Les considérations d'ordre politique fondées sur les droits relatifs à l'autonomie de la femme enceinte ne s'appliquent pas lorsque, comme dans l'affaire dont nous sommes saisis, ces droits ne sont pas en cause. Ces situations se distinguent de celles où ces droits sont effectivement en cause. Par conséquent, il n'y a pas lieu de craindre qu'en statuant sur le présent pourvoi en fonction de ses faits propres, nous ne tranchions des affaires infiniment plus complexes touchant vraiment des choix concernant le mode de vie et les droits

tance of such cases demands that they not be decided until they in fact arise before this Court.

The determining question is what social policy can justify the conclusion that, as between the rights of a pregnant woman and those of her born alive child, the rights of the child should yield.

The concerns formulated in *Winnipeg, supra*, are not sufficient to take into account the additional factor present in the instant case: the legal personality of the born alive child. At issue is the relationship between the rights of a pregnant woman and the rights of her born alive child. A one-sided emphasis on either side of this relationship necessarily misses the subject-matter it is attempting to analyse. Such an emphasis simply begs the question.

That question is what social policy considerations justify the denial of a born alive child's right to recover for negligently caused physical damages. No compelling evidence, in fact no evidence, was presented that should as a matter of social policy place the child in a subservient position to that of the negligent mother.

The bare assertion of social policy concerns expressly and unilaterally centred on a pregnant woman's rights are not a sufficient answer to the question whether a pregnant woman's rights should prevail over the equally recognized rights of her born alive child. It is no answer to the plaintiff in this case that unilateral concerns about a pregnant woman's competing rights are sufficient to "negative" a negligent violation of his physical integrity. His rights, too, are at stake.

While the law may grant immunity from liability based on policy reasons, those reasons must be clear and compelling and are conspicuously absent in this case. The removal of the child's cause of

relatifs à l'autonomie de la femme enceinte. Au contraire, l'ampleur, la complexité et l'importance mêmes de telles affaires exigent qu'elles ne soient pas tranchées avant qu'elles soient soumises à notre Cour.

La question déterminante est de savoir quelle politique sociale peut justifier la conclusion que vis-à-vis les droits de la femme enceinte ceux de son enfant né vivant doivent céder.

Les inquiétudes formulées dans *Winnipeg*, précité, ne sont pas suffisantes pour tenir compte du facteur additionnel présent dans la présente affaire: la personnalité juridique de l'enfant né vivant. Est en cause la relation entre les droits de la femme enceinte et ceux de son enfant né vivant. L'accent mis uniquement sur l'une ou l'autre des deux parties à la relation élude nécessairement l'objet qu'on tente d'analyser. Un tel point de vue présume de la réponse.

Il s'agit de savoir quelles considérations d'ordre social justifient la négation du droit d'un enfant né vivant d'obtenir réparation du préjudice corporel résultant d'une négligence. Aucun élément de preuve convaincant, voire aucun élément, n'a été présenté pour justifier par des considérations de politique sociale la subordination de l'enfant à la mère négligente.

Le simple renvoi à des considérations de politique sociale expressément et unilatéralement centrées sur les droits de la femme enceinte ne constitue pas une réponse suffisante à la question de savoir si les droits de la femme enceinte doivent l'emporter sur les droits également reconnus de son enfant né vivant. On ne peut répondre au demandeur dans la présente affaire que des considérations unilatérales relatives aux droits concurrents de la femme enceinte sont suffisantes pour «nier» une atteinte à son intégrité physique résultant d'une négligence. Ses droits à lui aussi sont en jeu.

Bien que le droit puisse accorder une immunité pour des raisons d'ordre politique, ces raisons, qui doivent être claires et impérieuses, font visiblement défaut dans la présente affaire.

124

125

126

127

128

action is extreme and it should follow that the policy reasons for doing so should be obvious and persuasive. There was no authority advanced to support the defendant's claim in this case; that is, authority that would negate a pregnant woman's legal responsibility for negligent acts against her born alive child, where the effects of those acts are reasonably foreseeable and where they violate the physical integrity of a legal person. To recall Lamont J.'s words in *Montreal Tramways*, *supra*, at p. 464, no other plaintiff would "be compelled, without any fault on its part, to go through life carrying the seal of another's fault and bearing a very heavy burden of infirmity and inconvenience without any compensation therefor".

La suppression de la cause d'action de l'enfant est une mesure extrême et, en conséquence, les raisons d'ordre politique invoquées pour la justifier doivent être manifestes et convaincantes. Aucun précédent n'a été invoqué pour étayer la prétention de la défenderesse dans la présente affaire; c'est-à-dire aucune décision judiciaire qui aurait exonéré la femme enceinte faisant preuve de négligence à l'égard de son enfant né vivant, lorsque les effets de cette négligence sont raisonnablement prévisibles et qu'ils portent atteinte à l'intégrité physique d'une personne juridique. Pour reprendre les termes du juge Lamont dans *Montreal Tramways*, précité, à la p. 464, aucun autre demandeur ne [TRADUCTION] «[doit], en l'absence de toute faute de sa part, porter toute sa vie durant la marque de la faute d'autrui et assumer un très lourd fardeau d'infirmité et d'inconvénients sans obtenir réparation».

129 The special relationship between a pregnant woman and her foetus is a biological fact. This biological fact is significant for the mother-defendant. But it is also deeply significant for the born alive child-plaintiff. The legal or social policy implications to be drawn from that biological fact cannot be ascertained in the absence of equal acknowledgment of the rights of the child.

La relation spéciale entre la femme enceinte et le fœtus est un fait biologique. Ce fait biologique est important pour la mère-défenderesse. Mais il est également fort important pour l'enfant-demandeur né vivant. Les incidences tenant à la politique juridique ou sociale que l'on peut déduire de ce fait biologique ne peuvent pas être vérifiées en l'absence d'une reconnaissance égale des droits de l'enfant.

130 To grant a pregnant woman immunity from the reasonably foreseeable consequences of her acts for her born alive child would create a legal distortion as no other plaintiff carries such a one-sided burden, nor any defendant such an advantage.

Accorder l'immunité à la femme enceinte pour les conséquences raisonnablement prévisibles de ses actes sur son enfant né vivant créerait une distorsion juridique, car aucun autre demandeur ne doit supporter un tel fardeau unilatéral, et aucun défendeur ne jouit d'un tel avantage.

131 Aside from a pregnant woman's autonomy interests, there may be policy considerations flowing from concerns about the appropriateness of intra-familial litigation that may be sufficient to negative any child's right to sue its parents in tort. The considerations, however, must apply to all members of the defined family unit. The conclusion that such concerns only bar tort action brought by born alive

Le droit à l'autonomie de la femme enceinte mis à part, des considérations d'ordre politique fondées sur les inquiétudes exprimées au sujet de la pertinence des litiges opposant les membres d'une même famille peuvent justifier que l'enfant soit privé du droit d'agir en responsabilité délictuelle contre ses parents. Cependant, les considérations doivent s'appliquer à tous les membres de la cellule familiale définie. La conclusion selon laquelle de telles préoccupations ne font obstacle qu'à l'action en responsabilité délictuelle intentée

children who sustained injuries while still *in utero* is not justified.

As no policy concerns sufficient to negative the child's right to sue arise on the facts of this case, the born alive respondent has the legal capacity to commence a tort action against his appellant mother for prenatal injuries allegedly sustained as a result of her negligent driving.

Under the direction given by the majority in *Winnipeg, supra*, it is my opinion that the removal of Ryan Dobson's right to sue in tort for negligent violations of his physical integrity lies within the exclusive purview of the legislature, subject to the limits imposed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

I would dismiss this appeal.

*Appeal allowed, MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.*

*Solicitors for the respondent: Bingham, Rideout, Brison and Blair, Moncton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League: Eberts, Symes, Street and Corbett, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Catholic Group for Health, Justice and Life: Barnes, Sammon, Ottawa.*

par l'enfant né vivant qui a subi un préjudice *in utero* n'est pas justifiée.

Étant donné qu'aucune considération d'ordre politique suffisante pour priver l'enfant de son droit d'intenter une action n'a été soulevée compte tenu des faits de la présente affaire, l'intimé né vivant a la capacité juridique d'intenter une action en responsabilité délictuelle contre sa mère appelante pour le préjudice prénatal qui résulterait de la négligence de celle-ci au volant.

Suivant les principes directeurs établis par les juges majoritaires dans l'arrêt *Winnipeg*, précité, j'estime que la suppression du droit de Ryan Dobson d'intenter une action en responsabilité délictuelle pour les atteintes à son intégrité physique causées par la négligence relève exclusivement du législateur, sous réserve des limites imposées par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, les juges MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Burchell, Hayman, Barnes, Halifax.*

*Procureurs de l'intimé: Bingham, Rideout, Brison and Blair, Moncton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement: Eberts, Symes, Street and Corbett, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada: Stikeman, Elliott, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Catholic Group for Health, Justice and Life: Barnes, Sammon, Ottawa.*

132

133

134



**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Bik**

**Nbre**

**03159442**

**OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



02 11 1999

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 5, 1999 Vol. 2**

**5<sup>e</sup> cahier, 1999 Vol. 2**

**Cited as [1999] 2 S.C.R. 817-988**

**Renvoi [1999] 2 R.C.S. 817-988**

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor  
ODILE CALDER

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk  
MANON PLOUFFE

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 1999.

## CONTENTS

**Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ..... 817**

Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Children's interests — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Application denied without hearing or formal reasons — Whether procedural fairness violated — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(1), 114(2) — Immigration Regulations, 1978, SOR/93-44, s. 2.1 — Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3, 9, 12.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

Arrêstistes  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Commis au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 1999.

## SOMMAIRE

**Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)..... 817**

Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Intérêts des enfants — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Demande rejetée sans audience ni motifs écrits — Y a-t-il eu violation de l'équité procédurale? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(1), 114(2) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/93-44, art. 2.1 — Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3, 9, 12.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law — Procedural fairness — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Whether participatory rights accorded consistent with duty of procedural fairness — Whether failure to provide reasons violated principles of procedural fairness — Whether reasonable apprehension of bias.

Courts — Appellate review — Judge on judicial review certifying question for consideration of Court of Appeal — Legal effect of certified question — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1).

Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Standard of review of humanitarian and compassionate decision — Best interests of claimant's children — Approach to be taken in reviewing humanitarian and compassionate decision where children affected.

Administrative law — Review of discretion — Approach to review of discretionary decision making.

**Best v. Best ..... 868**

Family law — Equal division of net family property — Defined benefit pension — Actuarial methods of valuing pension resulting in widely differing values — Whether termination pro rata or termination value-added method better accords with the Family Law Act — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, Preamble, ss. 4, 5, 9.

**M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp. .... 961**

Constitutional law — Division of powers — Paramountcy — Application to foreclose granted under provincial Act during course of stay of proceedings under federal Act — Whether order given under provincial Act and all subsequent proceedings null through operation of doctrine of federal paramountcy — Family Farm Protection Act, C.C.S.M., c. F15, s. 8(1), (4) — Farm Debt Review Act, R.S.C., 1985, c. 25 (2nd Supp.), s. 23.

**R. v. Campbell ..... 956**

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Judicial remuneration — Supreme Court judgment requiring Alberta to establish independent, objective and effective judicial compensation commission — Motion for directions to rule on whether Alberta required to pay reasonable expenses of judges incurred in participating in commission process or related proceedings — Motion dismissed since not arising from implementation of judgment of Court.

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Judicial remuneration — Supreme Court judgment requiring Alberta to establish independent, objective and effective

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit administratif — Équité procédurale — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale? — Le défaut d'exposer les motifs de décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale? — Y a-t-il une crainte raisonnable de partialité?

Tribunaux — Contrôle en appel — Certification, par le juge siégeant en contrôle judiciaire, d'une question à soumettre à la Cour d'appel — Effet juridique d'une question certifiée — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1).

Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Norme de contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur des enfants de la demanderesse — Approche du contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire touchant des enfants.

Droit administratif — Contrôle du pouvoir discrétionnaire — Approche du contrôle de décisions discrétionnaires.

**Best c. Best ..... 868**

Droit de la famille — Partage égal des biens familiaux nets — Pensions à prestations déterminées — Méthodes actuarielles de détermination de la valeur de la pension donnant des résultats très différents — Laquelle de la méthode au prorata ou de la méthode de la valeur ajoutée s'accorde le mieux avec la Loi sur le droit de la famille? — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, art. 4, 5, 9.

**M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba ..... 961**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance — Autorisation d'intenter une action en forclusion accordée en vertu d'une loi provinciale pendant une suspension des recours décrétée en vertu d'une loi fédérale — L'ordonnance rendue sous le régime de la loi provinciale et les poursuites subséquentes étaient-elles nulles par application de la théorie de la prépondérance fédérale? — Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales, C.P.L.M., ch. F15, art. 8(1), (4) — Loi sur l'examen de l'endettement agricole, L.R.C. (1985), ch. 25 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 23.

**R. c. Campbell ..... 956**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Rémunération des juges — Jugement de la Cour suprême exigeant que l'Alberta crée une commission de rémunération indépendante, efficace et objective — Requête visant à obtenir des directives pour statuer si l'Alberta est tenue de payer les frais raisonnables engagés par les juges pour participer aux travaux de la commission ou à des procédures connexes — Requête rejetée

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS (Concluded)**

judicial compensation commission — Motion for directions to rule on whether Alberta required to pay reasonable expenses of judges incurred in participating in commission process or related proceedings — Motion dismissed since not arising from implementation of judgment of Court.

## **SOMMAIRE (Fin)**

puisque'elle ne découle pas de la mise en œuvre du jugement de la Cour.

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Rémunération des juges — Jugement de la Cour suprême exigeant que l'Alberta crée une commission de rémunération indépendante, efficace et objective — Requête visant à obtenir des directives pour statuer si l'Alberta est tenue de payer les frais raisonnables engagés par les juges pour participer aux travaux de la commission ou à des procédures connexes — Requête rejetée puisque'elle ne découle pas de la mise en œuvre du jugement de la Cour.

**Mavis Baker** *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and Immigration** *Respondent*

and

**The Canadian Council of Churches, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, the Canadian Council for Refugees, and the Charter Committee on Poverty Issues** *Interveners*

INDEXED AS: BAKER v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

File No.: 25823.

1998: November 4; 1999: July 9.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Children's interests — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Application denied without hearing or formal reasons — Whether procedural fairness violated — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(1), 114(2) — Immigration Regulations, 1978, SOR/93-44, s. 2.1 — Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3, 9, 12.*

*Administrative law — Procedural fairness — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Whether participatory rights accorded consistent with duty of procedural fairness — Whether failure to provide reasons violated principles of procedural fairness — Whether reasonable apprehension of bias.*

**Mavis Baker** *Appelante*

c.

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** *Intimé*

et

**Le Conseil canadien des églises, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada, le Conseil canadien pour les réfugiés et le Comité de la Charte et des questions de pauvreté** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BAKER c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 25823.

1998: 4 novembre; 1999: 9 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Intérêts des enfants — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Demande rejetée sans audience ni motifs écrits — Y a-t-il eu violation de l'équité procédurale? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(1), 114(2) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/93-44, art. 2.1 — Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3, 9, 12.*

*Droit administratif — Équité procédurale — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale? — Le défaut d'exposer les motifs de décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale? — Y a-t-il une crainte raisonnable de partialité?*

*Courts — Appellate review — Judge on judicial review certifying question for consideration of Court of Appeal — Legal effect of certified question — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1).*

*Immigration — Humanitarian and compassionate considerations — Standard of review of humanitarian and compassionate decision — Best interests of claimant's children — Approach to be taken in reviewing humanitarian and compassionate decision where children affected.*

*Administrative law — Review of discretion — Approach to review of discretionary decision making.*

The appellant, a woman with Canadian-born dependent children, was ordered deported. She then applied for an exemption, based on humanitarian and compassionate considerations under s. 114(2) of the *Immigration Act*, from the requirement that an application for permanent residence be made from outside Canada. This application was supported by letters indicating concern about the availability of medical treatment in her country of origin and the effect of her possible departure on her Canadian-born children. A senior immigration officer replied by letter stating that there were insufficient humanitarian and compassionate reasons to warrant processing the application in Canada. This letter contained no reasons for the decision. Counsel for the appellant, however, requested and was provided with the notes made by the investigating immigration officer and used by the senior officer in making his decision. The Federal Court — Trial Division, dismissed an application for judicial review but certified the following question pursuant to s. 83(1) of the Act: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?" The Court of Appeal limited its consideration to the question and found that the best interests of the children did not need to be given primacy in assessing such an application. The order that the appellant be removed from Canada, which was made after the immigration officer's decision, was stayed pending the result of this appeal.

*Tribunaux — Contrôle en appel — Certification, par le juge siégeant en contrôle judiciaire, d'une question à soumettre à la Cour d'appel — Effet juridique d'une question certifiée — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1).*

*Immigration — Raisons d'ordre humanitaire — Norme de contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur des enfants de la demanderesse — Approche du contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire touchant des enfants.*

*Droit administratif — Contrôle du pouvoir discrétionnaire — Approche du contrôle de décisions discrétionnaires.*

Une mesure d'expulsion a été prise contre l'appelante, mère d'enfants à charge nés au Canada. Elle a alors demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Sa demande était appuyée de lettres exprimant des inquiétudes quant à la possibilité d'obtenir un traitement médical dans son pays d'origine et quant à l'effet de son départ éventuel sur ses enfants nés au Canada. Un agent d'immigration supérieur a répondu par lettre qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter sa demande au Canada. Cette lettre ne donnait pas les motifs de la décision. L'avocat de l'appelante a cependant demandé et reçu les notes de l'agent investigateur, que l'agent supérieur d'immigration avait utilisées pour rendre sa décision. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire mais a certifié la question suivante en application du par. 83(1) de la Loi: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?» La Cour d'appel a limité son examen à cette question et a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'accorder la primauté à l'intérêt supérieur des enfants dans l'appréciation d'une telle demande. Un sursis à la mesure d'expulsion de l'appelante prononcée après la décision de l'agent d'immigration, a été ordonné jusqu'à l'issue du présent pourvoi.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.: Section 83(1) of the *Immigration Act* does not require the Court of Appeal to address only the certified question. Once a question has been certified, the Court of Appeal may consider all aspects of the appeal lying within its jurisdiction.

The duty of procedural fairness is flexible and variable and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected. The purpose of the participatory rights contained within it is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional and social context, with an opportunity for those affected to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker. Several factors are relevant to determining the content of the duty of fairness: (1) the nature of the decision being made and process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; (5) the choices of procedure made by the agency itself. This list is not exhaustive.

A duty of procedural fairness applies to humanitarian and compassionate decisions. In this case, there was no legitimate expectation affecting the content of the duty of procedural fairness. Taking into account the other factors, although some suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model. The duty of fairness owed in these circumstances is more than minimal, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered. Nevertheless, taking all the factors into account, the lack of an oral hearing or notice of such a hearing did not constitute a violation of the requirement of procedural fairness. The opportunity to produce full and complete written documentation was sufficient.

It is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, including when the decision has important significance for the individual, or when there is a statutory right of appeal, the duty of procedural fairness will require a written explanation for a decision. Reasons are

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie: Le paragraphe 83(1) de la *Loi sur l'immigration* n'exige pas que la Cour d'appel traite seulement la question certifiée. Lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence.

L'obligation d'équité procédurale est souple et variable et repose sur une appréciation du contexte de la loi et des droits visés. Les droits de participation qui en font partie visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées de présenter leur point de vue et des éléments de preuve qui seront dûment pris en considération par le décideur. Plusieurs facteurs sont pertinents pour déterminer le contenu de l'obligation d'équité procédurale: (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l'organisme; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; (5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même. Cette liste de facteurs n'est pas exhaustive.

L'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. En l'espèce, il n'y avait pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité procédurale. Compte tenu des autres facteurs, bien que certains indiquent des exigences plus strictes en vertu de l'obligation d'équité, d'autres indiquent des exigences moins strictes et plus éloignées du modèle judiciaire. L'obligation d'équité dans ces circonstances est plus que minimale, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable. Néanmoins, compte tenu de tous ces facteurs, le fait qu'il n'y ait pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas un manquement à l'obligation d'équité procédurale. La possibilité de produire une documentation écrite complète était suffisante.

Il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, notamment lorsque la décision revêt une grande importance pour l'individu, ou lorsqu'il existe un droit d'appel prévu par la loi, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de

required here given the profound importance of this decision to those affected. This requirement was fulfilled by the provision of the junior immigration officer's notes, which are to be taken to be the reasons for decision. Accepting such documentation as sufficient reasons upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that, in the administrative context, this transparency may take place in various ways.

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias, by an impartial decision-maker. This duty applies to all immigration officers who play a role in the making of decisions. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference. Statements in the immigration officer's notes gave the impression that he may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that the appellant was a single mother with several children and had been diagnosed with a psychiatric illness. Here, a reasonable and well-informed member of the community would conclude that the reviewing officer had not approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. The notes therefore give rise to a reasonable apprehension of bias.

The concept of discretion refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within a statutorily imposed set of boundaries. Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. Review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within the pragmatic and functional framework defined by this Court's decisions, especially given the difficulty in making rigid classifications between discretionary and non-discretionary decisions. Though discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

la décision. Des motifs écrits sont nécessaires en l'espèce, étant donné l'importance cruciale de la décision pour les personnes visées. Cette obligation a été remplie par la production des notes de l'agent subalterne, qui doivent être considérées comme les motifs de la décision. L'admission de ces documents comme motifs de la décision confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons.

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. Cette obligation s'applique à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision. Parce qu'elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent la reconnaissance de la diversité, la compréhension des autres et l'ouverture d'esprit à la différence. Les déclarations contenues dans les notes de l'agent d'immigration donnent l'impression qu'il peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que l'appelante était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. En l'espèce, un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent n'a pas traité cette affaire avec l'impartialité requise dans une décision rendue par un agent d'immigration. Les notes donnent donc lieu à une crainte raisonnable de partialité.

La notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l'interprétation de règles de droit. Le contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagé selon la démarche pragmatique et fonctionnelle définie par la jurisprudence de notre Cour, compte tenu particulièrement de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. Même si en général il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

In applying the applicable factors to determining the standard of review, considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division, and the individual rather than polycentric nature of the decision also suggest that the standard should not be as deferential as “patent unreasonableness”. The appropriate standard of review is, therefore, reasonableness *simpliciter*.

The wording of the legislation shows Parliament’s intention that the decision be made in a humanitarian and compassionate manner. A reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children since children’s rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of these values may be found in the purposes of the Act, in international instruments, and in the Minister’s guidelines for making humanitarian and compassionate decisions. Because the reasons for this decision did not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of the appellant’s children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to the appellant’s country of origin might cause her.

*Per Cory and Iacobucci JJ.:* The reasons and disposition of L’Heureux-Dubé J. were agreed with apart from the effect of international law on the exercise of ministerial discretion under s. 114(2) of the *Immigration Act*. The certified question must be answered in the negative. The principle that an international convention ratified by the executive is of no force or effect within the Canadian legal system until incorporated into domestic law does not survive intact the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation.

Dans l’application des facteurs pertinents à la détermination de la norme de contrôle appropriée, on devrait faire preuve d’une retenue considérable envers les décisions d’agents d’immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l’analyse, de son rôle d’exception au sein du régime législatif et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l’absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d’un contrôle judiciaire par la Cour fédérale — Section de première instance, ainsi que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d’aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». La norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Le libellé de la législation révèle l’intention du Parlement de faire en sorte que la décision soit fondée sur des raisons d’ordre humanitaire. L’exercice raisonnable du pouvoir conféré par l’article exige que soit prêté une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants puisque les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs humanitaires centrales dans la société canadienne. Une indication de ces valeurs se trouve dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d’ordre humanitaire publiées par le ministre. Étant donné que les motifs de la décision n’indiquent pas qu’elle a été rendue d’une manière réceptive, attentive ou sensible à l’intérêt des enfants de l’appelante, ni que leur intérêt a été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi. En outre, les motifs de la décision n’accordent pas suffisamment d’importance ou de poids aux difficultés qu’un retour de l’appelante dans son pays d’origine pouvait lui susciter.

*Les juges Cory et Iacobucci:* Les motifs du juge L’Heureux-Dubé et le dispositif qu’elle propose sont acceptés sauf pour ce qui concerne la question de l’effet du droit international sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l’immigration*. La question certifiée devrait recevoir une réponse négative. Le principe qu’une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n’a aucun effet en droit canadien tant qu’elle n’est pas incorporée dans le droit interne ne peut pas survivre intact après l’adoption d’un principe de droit qui autorise le recours dans le processus d’interprétation des lois, aux dispositions d’une convention qui n’a pas été intégrée dans la législation.

## Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Applied:** *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **disapproved:** *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **not followed:** *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No. 1)* (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646; **referred to:** *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370; *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Qi v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. v. Secretary of*

## Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts appliqués:** *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts critiqués:** *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4; *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238; **arrêts non suivis:** *Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157; *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170; *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62; *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (n° 1)* (1995), 116 F.T.R. 241; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646; **arrêts mentionnés:** *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57; *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1; *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour*

*State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531; *Norton Tool Co. v. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120; *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541; *R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71; *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316; *Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1996), 179 N.B.R. (2d) 43; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

By Iacobucci J.

**Applied:** *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, preamble, Arts. 3(1), (2), 9, 12.  
*Declaration of the Rights of the Child* (1959), preamble.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3(c), 9(1), 82.1(1) [rep. & sub. 1992, c. 49, s. 73], 83(1) [*idem*], 114(2) [*ibid.*, s. 102].

*provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531; *Norton Tool Co. c. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. c. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120; *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541; *R.D.R. Construction Ltd. c. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71; *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316; *Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 179 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 43; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Tavita c. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêt appliqué:** *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; **arrêt mentionné:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, préambule, art. 3(1), (2), 9, 12.  
*Déclaration des droits de l'enfant* (1959), préambule.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3c), 9(1), 82.1(1) [abr. & rempl. 1992, ch. 49, art. 73], 83(1) [*idem*], 114(2) [*ibid.*, art. 102].

*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2.1 [ad. SOR/93-44, s. 2].

#### Authors Cited

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
- Canada. Employment and Immigration Canada. *Immigration Manual: Examination and Enforcement*. Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1983 (loose-leaf updated 1991, release 2).
- Davis, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
- Macdonald, Roderick A., and David Lametti. "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.
- Morris, Michael H. "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Shapiro, Debra. "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 2 F.C. 127, 207 N.R. 57, 142 D.L.R. (4th) 554, [1996] F.C.J. No. 1726 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Simpson J. (1995), 101 F.T.R. 110, 31 Imm. L.R. (2d) 150, [1995] F.C.J. No. 1441 (QL), dismissing an application for judicial review. Appeal allowed.

*Roger Rowe and Rocco Galati*, for the appellant.

*Urszula Kaczmarczyk and Cheryl D. Mitchell*, for the respondent.

*Sheena Scott and Sharryn Aiken*, for the interveners the Canadian Foundation for Children,

*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2.1 [aj. DORS/93-44, art. 2].

#### Doctrine citée

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
- Canada. Emploi et Immigration Canada. *Guide de l'immigration: examen et application de la loi*. Ottawa: Emploi et Immigration Canada, 1983 (feuilles mobiles mises à jour 1991, envoi n° 2).
- Davis, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.
- de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
- Dyzenhaus, David. «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
- Macdonald, Roderick A., and David Lametti. «Reasons for Decision in Administrative Law» (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123.
- Morris, Michael H. «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155.
- Mullan, David J. *Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Shapiro, Debra. «Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law» (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 2 C.F. 127, 207 N.R. 57, 142 D.L.R. (4th) 554, [1996] A.C.F. n° 1726 (QL), qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Simpson (1995), 101 F.T.R. 110, 31 Imm. L.R. (2d) 150, [1995] A.C.F. n° 1441 (QL), qui avait rejeté une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi accueilli.

*Roger Rowe et Rocco Galati*, pour l'appelante.

*Urszula Kaczmarczyk et Cheryl D. Mitchell*, pour l'intimé.

*Sheena Scott et Sharryn Aiken*, pour les intervenants la Canadian Foundation for Children, Youth

Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, and the Canadian Council for Refugees.

*John Terry and Craig Scott*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues.

*Barbara Jackman and Marie Chen*, for the intervener the Canadian Council of Churches.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Regulations made pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, empower the respondent Minister to facilitate the admission to Canada of a person where the Minister is satisfied, owing to humanitarian and compassionate considerations, that admission should be facilitated or an exemption from the regulations made under the Act should be granted. At the centre of this appeal is the approach to be taken by a court to judicial review of such decisions, both on procedural and substantive grounds. It also raises issues of reasonable apprehension of bias, the provision of written reasons as part of the duty of fairness, and the role of children's interests in reviewing decisions made pursuant to s. 114(2).

### I. Factual Background

Mavis Baker is a citizen of Jamaica who entered Canada as a visitor in August of 1981 and has remained in Canada since then. She never received permanent resident status, but supported herself illegally as a live-in domestic worker for 11 years. She has had four children (who are all Canadian citizens) while living in Canada: Paul Brown, born in 1985, twins Patricia and Peter Robinson, born in 1989, and Desmond Robinson, born in 1992. After Desmond was born, Ms. Baker suffered from post-partum psychosis and was diagnosed with paranoid schizophrenia. She applied for welfare at that time. When she was first diagnosed with mental illness, two of her children were placed in the care of their

and the Law, la Défense des enfants-International-Canada et le Conseil canadien pour les réfugiés.

*John Terry et Craig Scott*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

*Barbara Jackman et Marie Chen*, pour l'intervenant le Conseil canadien des églises.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le règlement passé en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, autorise le ministre intimé à faciliter l'admission au Canada d'une personne quand il est convaincu, pour des raisons d'ordre humanitaire, que l'admission devrait être facilitée ou qu'une dispense d'application des règlements passés aux termes de la Loi devrait être accordée. Le présent pourvoi porte essentiellement sur la démarche à suivre lorsqu'un tribunal procède au contrôle judiciaire de ces décisions, à la fois sur le fond et sur le plan de la procédure. Ce pourvoi soulève également des questions relatives à la crainte raisonnable de partialité, à la rédaction de motifs écrits dans le cadre de l'obligation d'agir équitablement et au rôle de l'intérêt des enfants dans le contrôle judiciaire de décisions rendues conformément au par. 114(2).

### I. Les faits

Mavis Baker, citoyenne de la Jamaïque, est entrée au Canada à titre de visiteur en août 1981 et y vit depuis. Elle n'a jamais obtenu le statut de résidente permanente, mais a subvenu illégalement à ses besoins en travaillant pendant 11 ans comme travailleur domestique. Elle a eu quatre enfants (qui sont tous citoyens canadiens) au Canada: Paul Brown, né en 1985, les jumeaux Patricia et Peter Robinson, nés en 1989, et Desmond Robinson, né en 1992. Après la naissance de Desmond, M<sup>me</sup> Baker a souffert d'une psychose post-partum et on a diagnostiqué qu'elle était atteinte d'une schizophrénie paranoïde. À cette époque, elle a présenté une demande d'assistance sociale. Quand

natural father, and the other two were placed in foster care. The two who were in foster care are now again under her care, since her condition has improved.

on a découvert qu'elle était atteinte de troubles mentaux, deux de ses enfants ont été confiés aux soins de leur père naturel et les deux autres ont été placés en foyer d'accueil. Son état s'étant amélioré, elle a de nouveau la garde des deux enfants placés en foyer d'accueil.

3 The appellant was ordered deported in December 1992, after it was determined that she had worked illegally in Canada and had overstayed her visitor's visa. In 1993, Ms. Baker applied for an exemption from the requirement to apply for permanent residence outside Canada, based upon humanitarian and compassionate considerations, pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*. She had the assistance of counsel in filing this application, and included, among other documentation, submissions from her lawyer, a letter from her doctor, and a letter from a social worker with the Children's Aid Society. The documentation provided indicated that, although she was still experiencing psychiatric problems, she was making progress. It also stated that she might become ill again if she were forced to return to Jamaica, since treatment might not be available for her there. Ms. Baker's submissions also clearly indicated that she was the sole caregiver for two of her Canadian-born children, and that the other two depended on her for emotional support and were in regular contact with her. The documentation suggested that she too would suffer emotional hardship if she were separated from them.

En décembre 1992, une ordonnance d'expulsion a été prise contre l'appelante, lorsqu'on a découvert qu'elle avait travaillé illégalement au Canada et avait séjourné au-delà de son visa de visiteur. En 1993, M<sup>me</sup> Baker a demandé d'être dispensée de faire sa demande de résidence permanente de l'extérieur du Canada, pour des raisons d'ordre humanitaire, conformément au par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*. Elle a obtenu l'aide d'un avocat pour remplir cette demande, et a notamment ajouté, comme documents additionnels, des observations de son avocat, une lettre de son médecin et une lettre d'un travailleur social de la Société d'aide à l'enfance. Les documents présentés indiquaient que, même si elle éprouvait toujours des problèmes psychiatriques, elle faisait des progrès, mais qu'elle pourrait retomber malade si elle était forcée de retourner en Jamaïque, parce qu'elle ne pourrait peut-être pas y bénéficier d'un traitement. Madame Baker a aussi clairement indiqué qu'elle était la seule à pouvoir prendre soin de deux de ses enfants nés au Canada et que ses deux autres enfants avaient besoin de son soutien affectif et étaient régulièrement en contact avec elle. Les documents mentionnaient également qu'elle subirait aussi des difficultés d'ordre émotionnel si elle était séparée d'eux.

4 The response to this request was contained in a letter dated April 18, 1994 and signed by Immigration Officer M. Caden, stating that a decision had been made that there were insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant processing Ms. Baker's application for permanent residence within Canada. This letter contained no reasons for the decision.

En réponse à cette demande, une lettre datée du 18 avril 1994 et signée par l'agent d'immigration M. Caden a informé M<sup>me</sup> Baker de la décision qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons humanitaires pour justifier de traiter au Canada sa demande de résidence permanente, sans toutefois donner les motifs de la décision.

5 Upon request of the appellant's counsel, she was provided with the notes made by Immigration Officer G. Lorenz, which were used by Officer Caden when making his decision. After a summary

À la demande de l'avocat de l'appelante, les notes de l'agent d'immigration G. Lorenz, que l'agent Caden a utilisées pour rendre sa décision, ont été remises à l'appelante. Après un résumé de

of the history of the case, Lorenz's notes read as follows:

PC is unemployed — on Welfare. No income shown — no assets. Has four Cdn.-born children — four other children in Jamaica — HAS A TOTAL OF EIGHT CHILDREN

Says only two children are in her "direct custody". (No info on who has ghe [*sic*] other two). There is nothing for her in Jamaica — hasn't been there in a long time — no longer close to her children there — no jobs there — she has no skills other than as a domestic — children would suffer — can't take them with her and can't leave them with anyone here. Says has suffered from a mental disorder since '81 — is now an outpatient and is improving. If sent back will have a relapse.

Letter from Children's Aid — they say PC has been diagnosed as a paranoid schizophrenic. — children would suffer if returned — Letter of Aug. '93 from psychiatrist from Ont. Govm't. Says PC had post-partum psychosis and had a brief episode of psychosis in Jam. when was 25 yrs. old. Is now an out-patient and is doing relatively well — deportation would be an extremely stressful experience.

Lawyer says PS [*sic*] is sole caregiver and single parent of two Cdn born children. Pc's mental condition would suffer a setback if she is deported etc.

This case is a catastrophe [*sic*]. It is also an indictment of our "system" that the client came as a visitor in Aug. '81, was not ordered deported until Dec. '92 and in APRIL '94 IS STILL HERE!

The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity. However, because of the circumstances involved, there

l'historique de l'affaire, les notes de M. Lorenz se lisent:

[TRADUCTION] PC est sans emploi — reçoit l'assistance sociale. Aucun revenu connu — pas de biens. A quatre enfants nés au Canada, quatre autres en Jamaïque — HUIT ENFANTS AU TOTAL

Dit que seulement deux enfants sont sous sa garde directe. (Aucun renseignement sur la garde des deux autres). Il n'y a rien qui l'attend en Jamaïque — n'y est pas allée depuis longtemps — n'est plus proche de ses enfants qui s'y trouvent — pas d'emplois — n'a pas d'autre métier que celui de domestique — les enfants souffriraient — elle ne peut pas les emmener avec elle et elle n'a personne ici à qui les confier. Dit qu'elle souffre de troubles mentaux depuis 1981 — elle est actuellement une patiente en consultation externe et son état s'améliore. Si elle est renvoyée là-bas, elle fera une rechute.

Lettre de la Société d'aide à l'enfance — dit que PC souffre d'une schizophrénie paranoïde — les enfants souffriraient, si elle était renvoyée. Lettre d'août 1993 d'un psychiatre du gouvernement de l'Ontario — dit que PC a une psychose post-partum et a eu une brève période de psychose en Jamaïque quand elle avait 25 ans. Elle est maintenant patiente en consultation externe et se porte relativement bien — l'expulsion serait une expérience extrêmement stressante.

L'avocat dit que PC est une mère célibataire et qu'elle est la seule à pouvoir prendre soin de deux de ses enfants nés au Canada. L'état mental de PC se détériorerait si elle devait être déportée etc.

Cette affaire est une catastrophe. C'est aussi une condamnation de notre système: la cliente est arrivée comme visiteur en août 1981, une ordonnance d'expulsion n'a été prise qu'en décembre 1992 et en AVRIL 1994 ELLE EST TOUJOURS ICI!

PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l'assistance sociale. Elle n'a pas d'autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d'aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n'existe pas d'autres facteurs d'ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d'avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité. Toutefois, compte tenu des circonstances, il est possible qu'il y ait une mauvaise presse.

is a potential for adverse publicity. I recommend refusal but you may wish to clear this with someone at Region.

There is also a potential for violence — see charge of “assault with a weapon” [Capitalization in original.]

6

Following the refusal of her application, Ms. Baker was served, on May 27, 1994, with a direction to report to Pearson Airport on June 17 for removal from Canada. Her deportation has been stayed pending the result of this appeal.

## II. Relevant Statutory Provisions and Provisions of International Treaties

7

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2

**82.1** (1) An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court — Trial Division.

**83.** (1) A judgment of the Federal Court — Trial Division on an application for judicial review with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be appealed to the Federal Court of Appeal only if the Federal Court — Trial Division has at the time of rendering judgment certified that a serious question of general importance is involved and has stated that question.

114. . . .

(2) The Governor in Council may, by regulation, authorize the Minister to exempt any person from any regulation made under subsection (1) or otherwise facilitate the admission of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person’s admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

*Immigration Regulations*, 1978, SOR/78-172, as amended by SOR/93-44

2.1 The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation made under subsection 114(1) of the Act or otherwise facilitate the admission to

Je recommande le rejet, mais vous désirerez peut-être obtenir l’approbation de quelqu’un au centre régional.

Violence possible — voir l’accusation d’agression armée. [Majuscules dans l’original.]

À la suite du rejet de sa demande, M<sup>me</sup> Baker a reçu signification, le 27 mai 1994, de l’ordre de se présenter à l’aéroport Pearson le 17 juin pour son renvoi du Canada. Un sursis d’expulsion a été ordonné jusqu’à l’issue du présent pourvoi.

## II. Les dispositions législatives et des traités internationaux

*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2

**82.1** (1) La présentation d’une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues, des mesures prises ou de toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d’application — règlements ou règles — se faire qu’avec l’autorisation d’un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale.

**83.** (1) Le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale rendu sur une demande de contrôle judiciaire relative à une décision ou ordonnance rendue, une mesure prise ou toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d’application — règlements ou règles — ne peut être porté en appel devant la Cour d’appel fédérale que si la Section de première instance certifie dans son jugement que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

114. . . .

(2) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, autoriser le ministre à accorder, pour des raisons d’ordre humanitaire, une dispense d’application d’un règlement pris aux termes du paragraphe (1) ou à faciliter l’admission de toute autre manière.

*Règlement sur l’immigration de 1978*, DORS/78-172, modifié par DORS/93-44

2.1 Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d’ordre humanitaire, une dispense d’application d’un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de

Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3

### Article 3

1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

2. States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.

### Article 9

1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the best interests of the child. Such determination may be necessary in a particular case such as one involving abuse or neglect of the child by the parents, or one where the parents are living separately and a decision must be made as to the child's place of residence.

2. In any proceedings pursuant to paragraph 1 of the present article, all interested parties shall be given an opportunity to participate in the proceedings and make their views known.

3. States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.

4. Where such separation results from any action initiated by a State Party, such as the detention, imprisonment, exile, deportation or death (including death arising from any cause while the person is in the custody of the State) of one or both parents or of the child, that State Party shall, upon request, provide the parents, the child or, if appropriate, another member of the family

la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière.

*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3

### Article 3

1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

### Article 9

1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un État partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'État partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements

with the essential information concerning the whereabouts of the absent member(s) of the family unless the provision of the information would be detrimental to the well-being of the child. States Parties shall further ensure that the submission of such a request shall of itself entail no adverse consequences for the person(s) concerned.

### Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

### III. Judgments

A. *Federal Court — Trial Division* (1995), 101 F.T.R. 110

<sup>8</sup> Simpson J. delivered oral reasons dismissing the appellant's judicial review application. She held that since there were no reasons given by Officer Caden for his decision, no affidavit was provided, and no reasons were required, she would assume, in the absence of evidence to the contrary, that he acted in good faith and made a decision based on correct principles. She rejected the appellant's argument that the statement in Officer Lorenz's notes that Ms. Baker would be a strain on the welfare system was not supported by the evidence, holding that it was reasonable to conclude from the reports provided that Ms. Baker would not be able to return to work. She held that the language of Officer Lorenz did not raise a reasonable apprehension of bias, and also found that the views expressed in his notes were unimportant, because they were not those of the decision-maker, Officer Caden. She rejected the appellant's argument that the *Convention on the Rights of the Child* mandated that the appellant's interests be given priority in s. 114(2) decisions, holding that the Convention did not apply to this situation, and was not part of domestic law. She also held that the evidence

essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les États parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées.

### Article 12

1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

### III. Les jugements

A. *Cour fédérale — Section de première instance* (1995), 101 F.T.R. 110

Le juge Simpson a prononcé à l'audience les motifs rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelante. Elle a statué que, puisque l'agent Caden n'avait pas motivé sa décision, qu'aucun affidavit n'avait été fourni, et qu'aucun motif n'était requis, elle présumerait, en l'absence de preuve contraire, qu'il avait agi de bonne foi et avait rendu la décision en se fondant sur des principes appropriés. Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel l'affirmation dans les notes de l'agent Lorenz que M<sup>me</sup> Baker serait un fardeau pour le système d'aide sociale n'était pas étayée par la preuve, concluant qu'il était raisonnable de conclure au vu des rapports fournis que M<sup>me</sup> Baker ne pourrait pas reprendre le travail. Elle a conclu que le langage de l'agent Lorenz ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, et a également conclu que les opinions exprimées dans ses notes étaient sans importance parce qu'elles n'étaient pas celles du décideur, l'agent Caden. Elle a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la *Convention relative aux droits de l'enfant* commandait que l'intérêt de l'appelante prime dans les décisions fondées sur le par. 114(2), concluant que

showed the children were a significant factor in the decision-making process. She rejected the appellant's submission that the Convention gave rise to a legitimate expectation that the children's interests would be a primary consideration in the decision.

Simpson J. certified the following as a "serious question of general importance" under s. 83(1) of the *Immigration Act*: "Given that the Immigration Act does not expressly incorporate the language of Canada's international obligations with respect to the International Convention on the Rights of the Child, must federal immigration authorities treat the best interests of the Canadian child as a primary consideration in assessing an applicant under s. 114(2) of the *Immigration Act*?"

**B. Federal Court of Appeal, [1997] 2 F.C. 127**

The reasons of the Court of Appeal were delivered by Strayer J.A. He held that pursuant to s. 83(1) of the *Immigration Act*, the appeal was limited to the question certified by Simpson J. He also rejected the appellant's request to challenge the constitutional validity of s. 83(1). Strayer J.A. noted that a treaty cannot have legal effect in Canada unless implemented through domestic legislation, and that the Convention had not been adopted in either federal or provincial legislation. He held that although legislation should be interpreted, where possible, to avoid conflicts with Canada's international obligations, interpreting s. 114(2) to require that the discretion it provides for must be exercised in accordance with the Convention would interfere with the separation of powers between the executive and legislature. He held that such a principle could also alter rights and obligations within the jurisdiction of provincial legislatures. Strayer J.A. also rejected the argument that any articles of the Convention could be interpreted to impose an obligation upon the government to give primacy to the interests of the children in a proceeding such as deportation. He

la Convention ne s'appliquait pas à cette situation, et ne faisait pas partie du droit interne. Elle a également conclu que la preuve démontrait que les enfants avaient constitué un facteur important dans le processus décisionnel et a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la Convention donnait lieu à une attente légitime que l'intérêt des enfants serait une considération primordiale dans la décision.

Le juge Simpson a certifié la question suivante comme «question grave de portée générale» en vertu du par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*: «Vu que la Loi sur l'immigration n'incorpore pas expressément le langage des obligations internationales du Canada en ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, les autorités d'immigration fédérales doivent-elles considérer l'intérêt supérieur de l'enfant né au Canada comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un requérant sous le régime du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*?»

**B. Cour d'appel fédérale, [1997] 2 C.F. 127**

Les motifs de la Cour d'appel sont exposés par le juge Strayer. Il déclare que, conformément au par. 83(1) de la *Loi sur l'immigration*, l'appel est limité à la question certifiée par le juge Simpson. Il rejette également la contestation par l'appelante de la constitutionnalité du par. 83(1). Le juge Strayer note qu'un traité ne peut pas avoir d'effet juridique au Canada s'il n'a pas été mis en vigueur par une loi adoptée à cet effet, et que la Convention n'avait pas été adoptée par une loi fédérale ou provinciale. Il conclut que, bien que la loi doive, dans la mesure du possible, être interprétée de façon à ne pas entraîner de conflit avec les obligations internationales du Canada, dire que le par. 114(2) exige que le pouvoir discrétionnaire conféré s'exerce conformément à la Convention enfreindrait la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif. Il conclut qu'un tel principe pourrait également toucher des droits et obligations relevant de la compétence des législatures provinciales. Le juge Strayer rejette également l'argument selon lequel quelque article de la Convention peut s'interpréter de façon à imposer l'obligation au gouvernement d'accorder priorité à l'intérêt des

held that the deportation of a parent was not a decision “concerning” children within the meaning of article 3. Finally, Strayer J.A. considered the appellant’s argument based on the doctrine of legitimate expectations. He noted that because the doctrine does not create substantive rights, and because a requirement that the best interests of the children be given primacy by a decision-maker under s. 114(2) would be to create a substantive right, the doctrine did not apply.

#### IV. Issues

11 Because, in my view, the issues raised can be resolved under the principles of administrative law and statutory interpretation, I find it unnecessary to consider the various *Charter* issues raised by the appellant and the interveners who supported her position. The issues raised by this appeal are therefore as follows:

- (1) What is the legal effect of a stated question under s. 83(1) of the *Immigration Act* on the scope of appellate review?
- (2) Were the principles of procedural fairness violated in this case?
  - (i) Were the participatory rights accorded consistent with the duty of procedural fairness?
  - (ii) Did the failure of Officer Caden to provide his own reasons violate the principles of procedural fairness?
  - (iii) Was there a reasonable apprehension of bias in the making of this decision?
- (3) Was this discretion improperly exercised because of the approach taken to the interests of Ms. Baker’s children?

I note that it is the third issue that raises directly the issues contained in the certified question of general importance stated by Simpson J.

enfants dans une procédure comme l’expulsion. Il conclut que l’expulsion du père ou de la mère n’est pas une décision «concernant» les enfants au sens de l’article 3. Enfin, le juge Strayer, examinant l’argument de l’appelante fondé sur la doctrine de l’attente légitime, conclut que puisque l’attente légitime ne crée aucun droit matériel et que le fait d’exiger qu’un décideur donne priorité à l’intérêt supérieur des enfants sous le régime du par. 114(2) aurait pour effet de créer un droit matériel, la doctrine ne s’appliquait pas.

#### IV. Les questions en litige

Comme, à mon avis, l’appel peut être tranché en vertu des principes du droit administratif et de l’interprétation des lois, il n’est pas nécessaire d’examiner les divers moyens fondés sur la *Charte* qui ont été invoqués par l’appelante et les intervenants qui l’ont appuyée. Par conséquent, les questions examinées sont les suivantes:

- (1) Quel effet juridique la question énoncée aux termes du par. 83(1) de la *Loi sur l’immigration* a-t-elle sur la portée de l’examen en appel?
- (2) Les principes d’équité procédurale ont-ils été enfreints en l’espèce?
  - (i) Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l’obligation d’équité procédurale?
  - (ii) Le défaut de l’agent Caden d’exposer les motifs de sa décision a-t-il enfreint les principes d’équité procédurale?
  - (iii) Y avait-il une crainte raisonnable de partialité dans la prise de cette décision?
- (3) Le pouvoir discrétionnaire a-t-il été incorrectement exercé en raison de la façon d’aborder l’intérêt des enfants de M<sup>me</sup> Baker?

Je note que c’est la troisième question qui soulève directement les points mentionnés dans la question certifiée de portée générale énoncée par le juge Simpson.

## V. Analysis

### A. *Stated Questions Under Section 83(1) of the Immigration Act*

The Court of Appeal held, in accordance with its decision in *Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, that the requirement, in s. 83(1), that a “serious question of general importance” be certified for an appeal to be permitted restricts an appeal court to addressing the issues raised by the certified question. However, in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 25, this Court held that s. 83(1) does not require that the Court of Appeal address only the stated question and issues related to it:

The certification of a “question of general importance” is the trigger by which an appeal is justified. The object of the appeal is still the judgment itself, not merely the certified question.

Rothstein J. noted in *Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 370 (T.D.), that once a question has been certified, all aspects of the appeal may be considered by the Court of Appeal, within its jurisdiction. I agree. The wording of s. 83(1) suggests, and *Pushpanathan* confirms, that if a “question of general importance” has been certified, this allows for an appeal from the judgment of the Trial Division which would otherwise not be permitted, but does not confine the Court of Appeal or this Court to answering the stated question or issues directly related to it. All issues raised by the appeal may therefore be considered here.

### B. *The Statutory Scheme and the Nature of the Decision*

Before examining the various grounds for judicial review, it is appropriate to discuss briefly the nature of the decision made under s. 114(2) of the *Immigration Act*, the role of this decision in the statutory scheme, and the guidelines given by the Minister to immigration officers in relation to it.

## V. Analyse

### A. *Les questions énoncées en vertu du par. 83(1) de la Loi sur l'immigration*

La Cour d'appel a conclu, conformément à son arrêt *Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, que le par. 83(1), en exigeant qu'une «question grave de portée générale» soit certifiée pour qu'un appel puisse être autorisé, limite l'appel aux questions soulevées par la question certifiée. Toutefois, dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, au par. 25, notre Cour a conclu que le par. 83(1) n'exige pas que la Cour d'appel traite uniquement de la question énoncée et des points qui s'y rapportent:

Sans la certification d'une «question grave de portée générale», l'appel ne serait pas justifié. L'objet de l'appel est bien le jugement lui-même, et non simplement la question certifiée.

Le juge Rothstein dit, dans le jugement *Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 370 (1<sup>re</sup> inst.), que lorsqu'une question a été certifiée, la Cour d'appel peut examiner tous les aspects de l'appel qui relèvent de sa compétence. Je suis d'accord. Le libellé du par. 83(1) indique, et l'arrêt *Pushpanathan* le confirme, que la certification d'une «question grave de portée générale» permet un appel du jugement de première instance qui, normalement, ne serait pas autorisé, mais ne limite pas la Cour d'appel ni notre Cour à la question énoncée ou aux points qui s'y rapportent directement. Par conséquent, nous pouvons examiner tous les points soulevés dans le pourvoi.

### B. *Le régime législatif et la nature de la décision*

Avant d'examiner les divers moyens invoqués dans la demande de contrôle judiciaire, il est nécessaire d'aborder brièvement la nature de la décision rendue en vertu du par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, du rôle que joue cette décision dans le régime législatif, et des directives données par le ministre aux agents d'immigration à ce sujet.

14

Section 114(2) itself authorizes the Governor in Council to authorize the Minister to exempt a person from a regulation made under the Act, or to facilitate the admission to Canada of any person. The Minister's power to grant an exemption based on humanitarian and compassionate (H & C) considerations arises from s. 2.1 of the *Immigration Regulations*, which I reproduce for convenience:

The Minister is hereby authorized to exempt any person from any regulation made under subsection 114(1) of the Act or otherwise facilitate the admission to Canada of any person where the Minister is satisfied that the person should be exempted from that regulation or that the person's admission should be facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations.

For the purpose of clarity, I will refer throughout these reasons to decisions made pursuant to the combination of s. 114(2) of the Act and s. 2.1 of the Regulations as "H & C decisions".

15

Applications for permanent residence must, as a general rule, be made from outside Canada, pursuant to s. 9(1) of the Act. One of the exceptions to this is when admission is facilitated owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations. In law, pursuant to the Act and the Regulations, an H & C decision is made by the Minister, though in practice, this decision is dealt with in the name of the Minister by immigration officers: see, for example, *Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez*, [1984] 2 S.C.R. 565, at p. 569. In addition, while in law, the H & C decision is one that provides for an exemption from regulations or from the Act, in practice, it is one that, in cases like this one, determines whether a person who has been in Canada but does not have status can stay in the country or will be required to leave a place where he or she has become established. It is an important decision that affects in a fundamental manner the future of individuals' lives. In addition, it may also have an important impact on the lives of any Canadian children of the person whose humanitarian and compassionate application is being considered, since they may be separated from one of their parents and/or uprooted from their country of

Le paragraphe 114(2) habilite le gouverneur en conseil à autoriser le ministre à accorder une dispense d'application d'un règlement pris aux termes de la Loi, ou à faciliter l'admission d'une personne au Canada. Le pouvoir du ministre d'accorder une dispense pour des raisons d'ordre humanitaire découle de l'art. 2.1 du *Règlement sur l'immigration*:

Le ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d'ordre humanitaire, une dispense d'application d'un règlement pris aux termes du paragraphe 114(1) de la Loi ou à faciliter l'admission au Canada de toute autre manière.

Pour plus de clarté, je référerai aux décisions rendues conformément à une combinaison du par. 114(2) de la Loi et de l'art. 2.1 du règlement de «décisions d'ordre humanitaire».

Les demandes de résidence permanente doivent normalement être présentées à l'extérieur du Canada, conformément au par. 9(1) de la Loi. L'une des exceptions à cette règle est l'admission fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. En droit, conformément à la Loi et au règlement, c'est le ministre qui prend les décisions d'ordre humanitaire, alors qu'en pratique, ces décisions sont prises en son nom par des agents d'immigration: voir, par exemple, *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez*, [1984] 2 R.C.S. 565, à la p. 569. En outre, même si, en droit, une décision d'ordre humanitaire est une décision qui prévoit une dispense d'application du règlement ou de la Loi, en pratique, il s'agit d'une décision, dans des affaires comme celle dont nous sommes saisis, qui détermine si une personne qui est au Canada, mais qui n'a pas de statut, peut y demeurer ou sera tenue de quitter l'endroit où elle s'est établie. Il s'agit d'une décision importante qui a des conséquences capitales sur l'avenir des personnes visées. Elle peut également avoir des répercussions importantes sur la vie des enfants canadiens de la personne qui a fait la demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire puisqu'ils peuvent être séparés d'un de leurs parents ou déracinés de leur pays de

citizenship, where they have settled and have connections.

Immigration officers who make H & C decisions are provided with a set of guidelines, contained in chapter 9 of the *Immigration Manual: Examination and Enforcement*. The guidelines constitute instructions to immigration officers about how to exercise the discretion delegated to them. These guidelines are also available to the public. A number of statements in the guidelines are relevant to Ms. Baker's application. Guideline 9.05 emphasizes that officers have a duty to decide which cases should be given a favourable recommendation, by carefully considering all aspects of the case, using their best judgment and asking themselves what a reasonable person would do in such a situation. It also states that although officers are not expected to "delve into areas which are not presented during examination or interviews, they should attempt to clarify possible humanitarian grounds and public policy considerations even if these are not well articulated".

The guidelines also set out the bases upon which the discretion conferred by s. 114(2) and the Regulations should be exercised. Two different types of criteria that may lead to a positive s. 114(2) decision are outlined — public policy considerations and humanitarian and compassionate grounds. Immigration officers are instructed, under guideline 9.07, to assure themselves, first, whether a public policy consideration is present, and if there is none, whether humanitarian and compassionate circumstances exist. Public policy reasons include marriage to a Canadian resident, the fact that the person has lived in Canada, has become established, and has become an "illegal de facto resident", and the fact that the person may be a long-term holder of employment authorization or has worked as a foreign domestic. Guideline 9.07 states that humanitarian and compassionate grounds will exist if "unusual, undeserved or disproportionate hardship would be caused to the person seeking consideration if he or she had to leave Canada". The guidelines also directly address

citoyenneté, où ils se sont installés et ont des attaches.

Les agents d'immigration qui prennent des décisions d'ordre humanitaire reçoivent une série de lignes directrices, figurant au chapitre 9 du *Guide de l'immigration: examen et application de la loi*, qui leur servent d'instructions sur la façon d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui leur est délégué. Le public a aussi accès à ces lignes directrices. Dans ces lignes directrices, plusieurs énoncés s'appliquent à la demande de M<sup>me</sup> Baker. La directive 9.05 met l'accent sur le devoir des agents de décider quelles affaires devraient recevoir une recommandation favorable, en étudiant avec soin les cas sous tous leurs aspects, en faisant preuve de discernement, et en se demandant ce qu'une personne sensée ferait dans une telle situation. Elle dit également que les agents ne doivent pas «tente[r] d'approfondir des questions qui ne sont pas soulevées au cours des examens ou des entrevues. Toutefois, ils doivent essayer d'obtenir des précisions relativement à des raisons possibles d'intérêt public ou d'ordre humanitaire, même si celles-ci ne sont pas clairement formulées».

Ces directives définissent également les fondements de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 114(2) et le règlement. Deux types de raisons pouvant mener à une décision favorable sont indiqués — les raisons d'intérêt public et les considérations humanitaires. Conformément à la directive 9.07, les agents d'immigration doivent s'assurer d'abord qu'il n'existe pas de raisons d'intérêt public, et, s'il n'y en a pas, s'il existe des considérations humanitaires. Les raisons d'intérêt public comprennent, notamment, le mariage à un résident du Canada, le fait qu'une personne a vécu au Canada, s'y est établie et est devenue un résident «de fait en situation administrative irrégulière», et le fait que la personne est titulaire d'un permis de travail de longue date ou a travaillé comme travailleur domestique étranger. La directive 9.07 dit qu'il existe des considérations humanitaires lorsque «des difficultés inhabituelles, injustes ou indues seraient causées à la personne sollicitant l'examen de son cas si celle-ci devait quitter le Canada». Les directives traitent expressé-

16

17

situations involving family dependency, and emphasize that the requirement that a person leave Canada to apply from abroad may result in hardship for close family members of a Canadian resident, whether parents, children, or others who are close to the claimant, but not related by blood. They note that in such cases, the reasons why the person did not apply from abroad and the existence of family or other support in the person's home country should also be considered.

### C. Procedural Fairness

18 The first ground upon which the appellant challenges the decision made by Officer Caden is the allegation that she was not accorded procedural fairness. She suggests that the following procedures are required by the duty of fairness when parents have Canadian children and they make an H & C application: an oral interview before the decision-maker, notice to her children and the other parent of that interview, a right for the children and the other parent to make submissions at that interview, and notice to the other parent of the interview and of that person's right to have counsel present. She also alleges that procedural fairness requires the provision of reasons by the decision-maker, Officer Caden, and that the notes of Officer Lorenz give rise to a reasonable apprehension of bias.

19 In addressing the fairness issues, I will consider first the principles relevant to the determination of the content of the duty of procedural fairness, and then address Ms. Baker's arguments that she was accorded insufficient participatory rights, that a duty to give reasons existed, and that there was a reasonable apprehension of bias.

20 Both parties agree that a duty of procedural fairness applies to H & C decisions. The fact that a decision is administrative and affects "the rights, privileges or interests of an individual" is sufficient to trigger the application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*,

ment de situations où il existe des liens familiaux de dépendance, et soulignent que l'obligation de quitter le Canada pour présenter une demande de l'étranger peut occasionner des difficultés à certains membres de la famille proche d'un résident canadien, parents, enfants ou autres proches qui n'ont pas de liens de sang avec le demandeur. Elles précisent que dans de tels cas, il faut aussi tenir compte des raisons pour lesquelles la personne n'a pas présenté sa demande à l'étranger et de la présence d'une famille ou d'autres personnes susceptibles de l'aider dans son pays d'origine.

### C. L'équité procédurale

Comme premier moyen pour contester la décision de l'agent Caden, l'appelante allègue qu'elle n'a pas bénéficié de l'équité procédurale. L'appelante estime que l'obligation d'agir équitablement exige le respect des procédures suivantes quand des parents ayant des enfants canadiens présentent une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire: une entrevue orale devant le décideur, un avis de la tenue de cette entrevue aux enfants et à l'autre parent, un droit pour les enfants et l'autre parent de présenter des arguments au cours de cette entrevue, un avis à l'autre parent de la tenue de l'entrevue et du droit de cette personne d'être représentée par un avocat. Elle allègue également que l'équité procédurale exige que le décideur, soit l'agent Caden, motive sa décision, et que les notes de l'agent Lorenz donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité.

En traitant des questions d'équité, j'examinerai d'abord les principes applicables à la détermination de la nature de l'obligation d'équité procédurale, et ensuite les arguments de M<sup>me</sup> Baker sur l'insuffisance des droits de participation qui lui ont été accordés, sur l'existence d'une obligation de motiver la décision et sur la crainte raisonnable de partialité.

Les deux parties admettent que l'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. Le fait qu'une décision soit administrative et touche «les droits, privilèges ou biens d'une personne» suffit pour entraîner l'application de l'obligation d'équité: *Cardinal c.*

[1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653. Clearly, the determination of whether an applicant will be exempted from the requirements of the Act falls within this category, and it has been long recognized that the duty of fairness applies to H & C decisions: *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), at p. 88; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (F.C.T.D.); *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.).

(1) Factors Affecting the Content of the Duty of Fairness

The existence of a duty of fairness, however, does not determine what requirements will be applicable in a given set of circumstances. As I wrote in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, “the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case”. All of the circumstances must be considered in order to determine the content of the duty of procedural fairness: *Knight*, at pp. 682-83; *Cardinal, supra*, at p. 654; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, *per* Sopinka J.

Although the duty of fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected, it is helpful to review the criteria that should be used in determining what procedural rights the duty of fairness requires in a given set of circumstances. I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

*Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653. Il est évident que la décision quant à savoir si un demandeur sera dispensé des exigences prévues par la Loi entre dans cette catégorie, et il est admis depuis longtemps que l'obligation d'équité s'applique aux décisions d'ordre humanitaire: *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 88; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.).

(1) Les facteurs ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité

L'existence de l'obligation d'équité, toutefois, ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront dans des circonstances données. Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, «la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas». Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale: *Knight*, aux pp. 682 et 683; *Cardinal*, précité, à la p. 654; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka.

Bien que l'obligation d'équité soit souple et variable et qu'elle repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés, il est utile d'examiner les critères à appliquer pour définir les droits procéduraux requis par l'obligation d'équité dans des circonstances données. Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

21

22

23

Several factors have been recognized in the jurisprudence as relevant to determining what is required by the common law duty of procedural fairness in a given set of circumstances. One important consideration is the nature of the decision being made and the process followed in making it. In *Knight, supra*, at p. 683, it was held that “the closeness of the administrative process to the judicial process should indicate how much of those governing principles should be imported into the realm of administrative decision making”. The more the process provided for, the function of the tribunal, the nature of the decision-making body, and the determinations that must be made to reach a decision resemble judicial decision making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required by the duty of fairness. See also *Old St. Boniface, supra*, at p. 1191; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), at p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 896, *per Sopinka J.*

La jurisprudence reconnaît plusieurs facteurs pertinents en ce qui a trait aux exigences de l'obligation d'équité procédurale en common law dans des circonstances données. Un facteur important est la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir. Dans l'arrêt *Knight*, précité, à la p. 683, on a conclu que «la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire est de nature à indiquer jusqu'à quel point ces principes directeurs devraient s'appliquer dans le domaine de la prise de décisions administratives». Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès. Voir également *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), à la p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la p. 896, le juge Sopinka.

24

A second factor is the nature of the statutory scheme and the “terms of the statute pursuant to which the body operates”: *Old St. Boniface, supra*, at p. 1191. The role of the particular decision within the statutory scheme and other surrounding indications in the statute help determine the content of the duty of fairness owed when a particular administrative decision is made. Greater procedural protections, for example, will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted: see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 7-66 to 7-67.

Le deuxième facteur est la nature du régime législatif et les «termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question»: *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191. Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, et d'autres indications qui s'y rapportent dans la loi, aident à définir la nature de l'obligation d'équité dans le cadre d'une décision administrative précise. Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes: voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), aux pp. 7-66 et 7-67.

25

A third factor in determining the nature and extent of the duty of fairness owed is the importance of the decision to the individual or individuals affected. The more important the decision is to the lives of those affected and the greater its

Le troisième facteur permettant de définir la nature et l'étendue de l'obligation d'équité est l'importance de la décision pour les personnes visées. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont

impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated. This was expressed, for example, by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake. . . . A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

As Sedley J. (now Sedley L.J.) stated in *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at p. 667:

In the modern state the decisions of administrative bodies can have a more immediate and profound impact on people's lives than the decisions of courts, and public law has since *Ridge v. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40 been alive to that fact. While the judicial character of a function may elevate the practical requirements of fairness above what they would otherwise be, for example by requiring contentious evidence to be given and tested orally, what makes it "judicial" in this sense is principally the nature of the issue it has to determine, not the formal status of the deciding body.

The importance of a decision to the individuals affected, therefore, constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness.

Fourth, the legitimate expectations of the person challenging the decision may also determine what procedures the duty of fairness requires in given circumstances. Our Court has held that, in Canada, this doctrine is part of the doctrine of fairness or natural justice, and that it does not create substantive rights: *Old St. Boniface, supra*, at p. 1204; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. As applied in Canada, if a legitimate expectation is found to exist, this will affect the content of the duty of fairness owed to the individual or individuals affected by the decision. If the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty

grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. C'est ce que dit par exemple le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113:

Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. [ . . . ] Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

Comme le juge Sedley (maintenant Lord juge Sedley) le dit dans *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), à la p. 667:

[TRADUCTION] Dans le monde moderne, les décisions rendues par des organismes administratifs peuvent avoir un effet plus immédiat et plus important sur la vie des gens que les décisions des tribunaux et le droit public a depuis l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40, reconnu ce fait. Bien que le caractère judiciaire d'une fonction puisse élever les exigences pratiques en matière d'équité au-delà de ce qu'elles seraient autrement, par exemple en exigeant que soit présenté et vérifié oralement un élément de preuve contesté, ce qui le rend «judiciaire» dans ce sens est principalement la nature de la question à trancher, et non le statut formel de l'organisme décisionnel.

L'importance d'une décision pour les personnes visées a donc une incidence significative sur la nature de l'obligation d'équité procédurale.

Quatrièmement, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peuvent également servir à déterminer quelles procédures l'obligation d'équité exige dans des circonstances données. Notre Cour a dit que, au Canada, l'attente légitime fait partie de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle, et qu'elle ne crée pas de droits matériels: *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1204; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 557. Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obliga-

of fairness: *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.). Similarly, if a claimant has a legitimate expectation that a certain result will be reached in his or her case, fairness may require more extensive procedural rights than would otherwise be accorded: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at pp. 214-15; D. Shapiro, "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, at p. 297; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Nevertheless, the doctrine of legitimate expectations cannot lead to substantive rights outside the procedural domain. This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the "circumstances" affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights.

27 Fifth, the analysis of what procedures the duty of fairness requires should also take into account and respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances: *Brown and Evans, supra*, at pp. 7-66 to 7-70. While this, of course, is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, per Gonthier J.

28 I should note that this list of factors is not exhaustive. These principles all help a court determine whether the procedures that were followed

tion d'équité exigera cette procédure: *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.). De même, si un demandeur s'attend légitimement à un certain résultat, l'équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3<sup>e</sup> éd. 1996), aux pp. 214 et 215; D. Shapiro, «Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law» (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, à la p. 297; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Néanmoins, la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les «circonstances» touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants.

Cinquièmement, l'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité devrait également prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances: *Brown et Evans, op. cit.*, aux pp. 7-66 à 7-70. Bien que, de toute évidence, cela ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles: *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, le juge Gonthier.

Je dois mentionner que cette liste de facteurs n'est pas exhaustive. Tous ces principes aident le tribunal à déterminer si les procédures suivies res-

respected the duty of fairness. Other factors may also be important, particularly when considering aspects of the duty of fairness unrelated to participatory rights. The values underlying the duty of procedural fairness relate to the principle that the individual or individuals affected should have the opportunity to present their case fully and fairly, and have decisions affecting their rights, interests, or privileges made using a fair, impartial, and open process, appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision.

## (2) Legitimate Expectations

I turn now to an application of these principles to the circumstances of this case to determine whether the procedures followed respected the duty of procedural fairness. I will first determine whether the duty of procedural fairness that would otherwise be applicable is affected, as the appellant argues, by the existence of a legitimate expectation based upon the text of the articles of the Convention and the fact that Canada has ratified it. In my view, however, the articles of the Convention and their wording did not give rise to a legitimate expectation on the part of Ms. Baker that when the decision on her H & C application was made, specific procedural rights above what would normally be required under the duty of fairness would be accorded, a positive finding would be made, or particular criteria would be applied. This Convention is not, in my view, the equivalent of a government representation about how H & C applications will be decided, nor does it suggest that any rights beyond the participatory rights discussed below will be accorded. Therefore, in this case there is no legitimate expectation affecting the content of the duty of fairness, and the fourth factor outlined above therefore does not affect the analysis. It is unnecessary to decide whether an international instrument ratified by Canada could, in other circumstances, give rise to a legitimate expectation.

pectent l'obligation d'équité. D'autres facteurs peuvent également être importants, notamment dans l'examen des aspects de l'obligation d'agir équitablement non reliés aux droits de participation. Les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision.

## (2) L'attente légitime

Je passe maintenant à une application de ces principes aux circonstances de l'espèce pour déterminer si les procédures suivies respectaient l'obligation d'équité procédurale. Je déciderai d'abord si l'existence d'une attente légitime fondée sur le texte des articles de la Convention et le fait que le Canada l'ait ratifiée a une incidence, comme l'appelante le soutient, sur l'obligation d'équité procédurale qui serait autrement applicable. À mon avis, les articles de la Convention et leur libellé n'ont pas créé chez M<sup>me</sup> Baker l'attente légitime que sa demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire donne lieu à l'application de droits procéduraux particuliers autres que ceux qui seraient normalement exigés en vertu de l'obligation d'équité, à une conclusion positive, ou à l'utilisation de critères particuliers. Cette convention n'est pas, à mon avis, l'équivalent d'une déclaration gouvernementale sur la façon dont les demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire doivent être tranchées, elle n'indique pas non plus que des droits autres que les droits de participation dont il est question ci-dessous seront accordés. Par conséquent, dans la présente affaire, il n'existe pas d'attente légitime ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité et le quatrième facteur identifié plus haut n'affecte donc pas l'analyse. Il n'est pas nécessaire de décider si un instrument international ratifié par le Canada pourrait, dans d'autres circonstances, donner lieu à une attente légitime.

(3) Participatory Rights

30

The next issue is whether, taking into account the other factors related to the determination of the content of the duty of fairness, the failure to accord an oral hearing and give notice to Ms. Baker or her children was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness in these circumstances. At the heart of this analysis is whether, considering all the circumstances, those whose interests were affected had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly. The procedure in this case consisted of a written application with supporting documentation, which was summarized by the junior officer (Lorenz), with a recommendation being made by that officer. The summary, recommendation, and material was then considered by the senior officer (Caden), who made the decision.

31

Several of the factors described above enter into the determination of the type of participatory rights the duty of procedural fairness requires in the circumstances. First, an H & C decision is very different from a judicial decision, since it involves the exercise of considerable discretion and requires the consideration of multiple factors. Second, its role is also, within the statutory scheme, as an exception to the general principles of Canadian immigration law. These factors militate in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness. On the other hand, there is no appeal procedure, although judicial review may be applied for with leave of the Federal Court — Trial Division. In addition, considering the third factor, this is a decision that in practice has exceptional importance to the lives of those with an interest in its result — the claimant and his or her close family members — and this leads to the content of the duty of fairness being more extensive. Finally, applying the fifth factor described above, the statute accords considerable flexibility to the Minister to decide on the proper procedure, and immigration officers, as a matter of practice, do not conduct interviews in all cases. The institutional practices and choices made by the Minister are significant, though of course not determinative

(3) Les droits de participation

La question suivante est de savoir si, compte tenu des autres facteurs déterminant la nature de l'obligation d'équité, le défaut d'accorder une audience et de donner avis à M<sup>me</sup> Baker ou à ses enfants était incompatible avec les droits de participation qu'exige l'obligation d'équité dans ces circonstances. Au cœur de cette analyse, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, les personnes dont les intérêts étaient en jeu ont eu une occasion valable de présenter leur position pleinement et équitablement. La procédure en l'espèce se composait d'une demande écrite accompagnée de documents justificatifs, résumée par l'agent subalterne (Lorenz) et transmise avec une recommandation faite par ce dernier. Le résumé, la recommandation et les documents ont alors été examinés par l'agent principal (Caden), qui a pris la décision.

Plusieurs des facteurs susmentionnés servent à déterminer quel type de droits de participation sont requis par l'obligation d'équité procédurale dans les circonstances. En premier lieu, une décision d'ordre humanitaire est très différente d'une décision judiciaire, car elle suppose l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire étendu et l'examen de facteurs multiples. Deuxièmement, son rôle est aussi, dans le cadre du régime législatif, une exception aux principes généraux du droit canadien de l'immigration. Ces facteurs militent en faveur d'une application moins stricte de l'obligation d'équité. D'autre part, il n'existe pas de procédure d'appel, bien qu'il puisse y avoir un contrôle judiciaire sur autorisation de la Cour fédérale, Section de première instance. En outre, au vu du troisième facteur, il s'agit là d'une décision qui, en pratique, a une importance exceptionnelle sur la vie des personnes concernées — le demandeur et les membres de sa famille proche, ce qui accroît l'étendue de l'obligation d'équité. Enfin, appliquant le cinquième facteur ci-haut décrit, la loi donne au ministre une grande latitude pour décider de la procédure appropriée, et les agents d'immigration, dans la pratique, ne procèdent pas à des entrevues dans tous les cas. Les pratiques et les choix institutionnels que fait le ministre sont

factors to be considered in the analysis. Thus, it can be seen that although some of the factors suggest stricter requirements under the duty of fairness, others suggest more relaxed requirements further from the judicial model.

Balancing these factors, I disagree with the holding of the Federal Court of Appeal in *Shah*, *supra*, at p. 239, that the duty of fairness owed in these circumstances is simply "minimal". Rather, the circumstances require a full and fair consideration of the issues, and the claimant and others whose important interests are affected by the decision in a fundamental way must have a meaningful opportunity to present the various types of evidence relevant to their case and have it fully and fairly considered.

However, it also cannot be said that an oral hearing is always necessary to ensure a fair hearing and consideration of the issues involved. The flexible nature of the duty of fairness recognizes that meaningful participation can occur in different ways in different situations. The Federal Court has held that procedural fairness does not require an oral hearing in these circumstances: see, for example, *Said*, *supra*, at p. 30.

I agree that an oral hearing is not a general requirement for H & C decisions. An interview is not essential for the information relevant to an H & C application to be put before an immigration officer, so that the humanitarian and compassionate considerations presented may be considered in their entirety and in a fair manner. In this case, the appellant had the opportunity to put forward, in written form through her lawyer, information about her situation, her children and their emotional dependence on her, and documentation in support of her application from a social worker at the Children's Aid Society and from her psychiatrist. These documents were before the decision-makers, and they contained the information relevant to making this decision. Taking all the factors relevant to determining the content of the duty of fairness into account, the lack of an oral hearing or

importants, bien que ce ne soient évidemment pas des facteurs déterminants dans l'analyse. On peut donc voir que, si certains facteurs indiquent des exigences plus strictes en matière d'obligation d'équité, d'autres indiquent des exigences moins strictes, plus éloignées du modèle judiciaire.

Pondérant ces facteurs, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Shah*, précité, à la p. 239, que l'obligation d'équité dans ces circonstances est simplement «minimale». Au contraire, les circonstances nécessitent un examen complet et équitable des questions litigieuses, et le demandeur et les personnes dont les intérêts sont profondément touchés par la décision doivent avoir une possibilité valable de présenter les divers types de preuves qui se rapportent à leur affaire et de les voir évalués de façon complète et équitable.

Toutefois, on ne peut pas dire non plus qu'une audience est toujours nécessaire pour garantir l'audition et l'examen équitables des questions en jeu. La nature souple de l'obligation d'équité reconnaît qu'une participation valable peut se faire de différentes façons dans des situations différentes. La Cour fédérale a statué que l'équité procédurale n'exige pas la tenue d'une audience dans ces circonstances: voir, par exemple, *Said*, précité, à la p. 30.

Je conviens que la tenue d'une audience n'est pas une exigence générale pour les décisions fondées sur des raisons d'ordre humanitaire. Il n'est pas indispensable qu'il y ait une entrevue pour exposer à un agent d'immigration les renseignements relatifs à une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire et pour que les raisons d'ordre humanitaire présentées puissent être évaluées de façon complète et équitable. En l'espèce, l'appelante a eu la possibilité d'exposer par écrit, par l'entremise de son avocat, sa situation, celle de ses enfants et leur dépendance émotionnelle vis-à-vis d'elle, et de présenter à l'appui de sa demande des lettres d'un travailleur social de la Société d'aide à l'enfance et de son psychiatre. Ces documents étaient à la disposition des décideurs, et ils contenaient les renseignements nécessaires pour la prise de décision. Compte tenu de tous les facteurs

32

33

34

notice of such a hearing did not, in my opinion, constitute a violation of the requirements of procedural fairness to which Ms. Baker was entitled in the circumstances, particularly given the fact that several of the factors point toward a more relaxed standard. The opportunity, which was accorded, for the appellant or her children to produce full and complete written documentation in relation to all aspects of her application satisfied the requirements of the participatory rights required by the duty of fairness in this case.

#### (4) The Provision of Reasons

35 The appellant also submits that the duty of fairness, in these circumstances, requires that reasons be given by the decision-maker. She argues either that the notes of Officer Lorenz should be considered the reasons for the decision, or that it should be held that the failure of Officer Caden to give written reasons for his decision or a subsequent affidavit explaining them should be taken to be a breach of the principles of fairness.

36 This issue has been addressed in several cases of judicial review of humanitarian and compassionate applications. The Federal Court of Appeal has held that reasons are unnecessary: *Shah, supra*, at pp. 239-40. It has also been held that the case history notes prepared by a subordinate officer are not to be considered the decision-maker's reasons: see *Tylo v. Minister of Employment and Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157, at pp. 159-60. In *Gheorlan v. Canada (Secretary of State)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170 (F.C.T.D.), and *Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62, it was held that the notes of the reviewing officer should not be taken to be the reasons for decision, but may help in determining whether a reviewable error exists. In *Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No. 1)* (1995), 116 F.T.R. 241, an H & C decision was set aside because the decision-making officer

pertinents pour évaluer le contenu de l'obligation d'équité, le fait qu'il n'y a pas eu d'audience ni d'avis d'audience ne constituait pas, selon moi, un manquement à l'obligation d'équité procédurale envers M<sup>me</sup> Baker dans les circonstances, particulièrement en raison du fait que plusieurs des facteurs militaient en faveur d'une norme plus souple. La possibilité qui a été offerte à l'appelante et à ses enfants de produire une documentation écrite complète relativement à tous les aspects de sa demande remplit les exigences en matière de droits de participation que commandait l'obligation d'équité en l'espèce.

#### (4) L'exposé des motifs

L'appelante soutient également que l'obligation d'équité, dans les circonstances, exige que le décideur motive ses décisions. Elle soutient qu'il faut soit considérer les notes de l'agent Lorenz comme les motifs de la décision, soit conclure que le défaut de l'agent Caden de donner les motifs écrits de sa décision, ou un affidavit subséquent les expliquant, est un manquement aux principes d'équité.

Cette question a été abordée dans plusieurs cas de contrôle judiciaire de demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire. La Cour d'appel fédérale a statué qu'il n'était pas nécessaire que les décisions soient motivées: *Shah, précité*, aux pp. 239 et 240. Elle a également statué que les notes de l'historique des faits préparées par un agent subalterne ne doivent pas être considérées comme les motifs du décideur: voir *Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1995), 90 F.T.R. 157, aux pp. 159 et 160. Les décisions *Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État)* (1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 62, concluent qu'il ne faut pas considérer les notes de l'agent de réexamen comme des motifs de décision, mais que ces notes peuvent servir à déterminer s'il existe une erreur susceptible de contrôle judiciaire. Dans *Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (n<sup>o</sup> 1)* (1995), 116 F.T.R. 241, une décision d'ordre humanitaire a été annulée parce que le décideur n'avait pas motivé sa

failed to provide reasons or an affidavit explaining the reasons for his decision.

More generally, the traditional position at common law has been that the duty of fairness does not require, as a general rule, that reasons be provided for administrative decisions: *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at p. 233; *Public Service Board of New South Wales v. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.A.), at pp. 665-66.

Courts and commentators have, however, often emphasized the usefulness of reasons in ensuring fair and transparent decision-making. Though *Northwestern Utilities* dealt with a statutory obligation to give reasons, Estey J. held as follows, at p. 706, referring to the desirability of a common law reasons requirement:

This obligation is a salutary one. It reduces to a considerable degree the chances of arbitrary or capricious decisions, reinforces public confidence in the judgment and fairness of administrative tribunals, and affords parties to administrative proceedings an opportunity to assess the question of appeal. . . .

The importance of reasons was recently reemphasized by this Court in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 180-81.

Reasons, it has been argued, foster better decision making by ensuring that issues and reasoning are well articulated and, therefore, more carefully thought out. The process of writing reasons for decision by itself may be a guarantee of a better decision. Reasons also allow parties to see that the applicable issues have been carefully considered, and are invaluable if a decision is to be appealed, questioned, or considered on judicial review: R. A. Macdonald and D. Lametti, "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, at p. 146; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), at para. 38. Those affected may

décision, ni fourni d'affidavit expliquant les motifs de sa décision.

Plus généralement, la common law a traditionnellement reconnu que l'obligation d'équité n'exige pas, en règle générale, que les décisions administratives soient motivées: *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, à la p. 233; *Public Service Board of New South Wales c. Osmond* (1986), 159 C.L.R. 656 (H.C.A.), aux pp. 665 et 666.

Toutefois, les tribunaux et les auteurs ont maintes fois souligné l'utilité des motifs pour assurer la transparence et l'équité de la prise de décision. Quoique l'arrêt *Northwestern Utilities* traite d'une obligation légale de motiver des décisions, le juge Estey fait l'observation suivante, à la p. 706, sur l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs:

Cette obligation est salutaire: elle réduit considérablement les risques de décisions arbitraires, raffermir la confiance du public dans le jugement et l'équité des tribunaux administratifs et permet aux parties aux procédures d'évaluer la possibilité d'un appel . . .

L'importance des motifs a récemment été réitérée par la Cour dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux par. 180 et 181.

On a soutenu que la rédaction de motifs favorise une meilleure prise de décision en ce qu'elle exige une bonne formulation des questions et du raisonnement et, en conséquence, une analyse plus rigoureuse. Le processus de rédaction des motifs d'une décision peut en lui-même garantir une meilleure décision. Les motifs permettent aussi aux parties de voir que les considérations applicables ont été soigneusement étudiées, et ils sont de valeur inestimable si la décision est portée en appel, contestée ou soumise au contrôle judiciaire: R. A. Macdonald et D. Lametti, «Reasons for Decision in Administrative Law» (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, à la p. 146; *Williams c. Canada*

37

38

39

be more likely to feel they were treated fairly and appropriately if reasons are given: de Smith, Woolf, & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at pp. 459-60. I agree that these are significant benefits of written reasons.

(*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*), [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), au par. 38. Il est plus probable que les personnes touchées ont l'impression d'être traitées avec équité et de façon appropriée si des motifs sont fournis: de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5<sup>e</sup> éd. 1995), aux pp. 459 et 460. Je suis d'accord qu'il s'agit là d'avantages importants de la rédaction de motifs écrits.

40

Others have expressed concerns about the desirability of a written reasons requirement at common law. In *Osmond*, *supra*, Gibbs C.J. articulated, at p. 668, the concern that a reasons requirement may lead to an inappropriate burden being imposed on administrative decision-makers, that it may lead to increased cost and delay, and that it "might in some cases induce a lack of candour on the part of the administrative officers concerned". Macdonald and Lametti, *supra*, though they agree that fairness should require the provision of reasons in certain circumstances, caution against a requirement of "archival" reasons associated with court judgments, and note that the special nature of agency decision-making in different contexts should be considered in evaluating reasons requirements. In my view, however, these concerns can be accommodated by ensuring that any reasons requirement under the duty of fairness leaves sufficient flexibility to decision-makers by accepting various types of written explanations for the decision as sufficient.

D'autres ont émis des réserves quant à l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs écrits. Dans l'arrêt *Osmond*, précité, le juge en chef Gibbs a dit, à la p. 668, qu'il craignait qu'une obligation de rédiger des motifs puisse finir par imposer un fardeau indu aux décideurs administratifs, entraîner une augmentation des coûts et des délais, et [TRADUCTION] «dans certains cas occasionner un manque de sincérité de la part des fonctionnaires concernés». Même s'ils conviennent que l'équité devrait exiger que des motifs soient donnés dans certaines circonstances, Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, font une mise en garde contre une exigence donnant lieu à des motifs [TRADUCTION] «d'archives» s'apparentant aux décisions judiciaires, et notent qu'il faut tenir compte de la nature particulière de l'organisme décisionnel dans différents contextes pour évaluer l'exigence des motifs. À mon avis, cependant, on peut répondre à ces préoccupations en veillant à ce que toute obligation de motiver la décision en raison de l'obligation d'équité laisse aux décideurs assez de latitude, en acceptant comme suffisants divers types d'explications écrites.

41

In England, a common law right to reasons in certain circumstances has developed in the case law: see M. H. Morris, "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155, at pp. 164-68; de Smith, Woolf & Jowell, *supra*, at pp. 462-65. In *R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310 (C.A.), reasons were required of a board deciding the appeal of the dismissal of a prison official. The House of Lords, in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531, imposed a reasons requirement on the Home

En Angleterre, un droit de common law à la production de motifs dans certaines circonstances est apparu dans la jurisprudence: voir M. H. Morris, «Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate» (1997), 11 *C.J.A.L.P.* 155, aux pp. 164 à 168; de Smith, Woolf & Jowell, *op. cit.*, aux pp. 462 à 465. L'arrêt *R. c. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham*, [1991] 4 All E.R. 310 (C.A.), a conclu qu'une commission décidant de l'appel du congédiement d'un agent de prison devait motiver sa décision. La Chambre des lords, dans l'arrêt *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex*

Secretary when exercising the statutory discretion to decide on the period of imprisonment that a prisoner who had been imposed a life sentence should serve before being entitled to a review. Lord Mustill, speaking for all the law lords on the case, held that although there was no general duty to give reasons at common law, in those circumstances, a failure to give reasons was unfair. Other English cases have held that reasons are required at common law when there is a statutory right of appeal: see *Norton Tool Co. v. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45 (N.I.R.C.), at p. 49; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120 (N.I.R.C.).

Some Canadian courts have imposed, in certain circumstances, a common law obligation on administrative decision-makers to provide reasons, while others have been more reluctant. In *Orlowski v. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541 (B.C.C.A.), at pp. 551-52, it was held that reasons would generally be required for decisions of a review board under Part XX.1 of the *Criminal Code*, based in part on the existence of a statutory right of appeal from that decision, and also on the importance of the interests affected by the decision. In *R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71 (C.A.), the court also held that because of the existence of a statutory right of appeal, there was an implied duty to give reasons. Smith D.J., in *Taabea v. Refugee Status Advisory Committee*, [1980] 2 F.C. 316 (T.D.), imposed a reasons requirement on a ministerial decision relating to refugee status, based upon the right to apply to the Immigration Appeal Board for redetermination. Similarly, in the context of evaluating whether a statutory reasons requirement had been adequately fulfilled in *Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1996), 179 N.B.R. (2d) 43 (C.A.), Bastarache J.A. (as he then was) emphasized, at p. 55, the importance of adequate reasons when appealing a decision. However, the Federal Court of Appeal recently rejected the submission that reasons were required in rela-

*parte Doody*, [1994] 1 A.C. 531, a exigé que le Secrétaire de l'Intérieur fournisse des motifs quand il exerce le pouvoir discrétionnaire dont l'investit la loi de décider du temps qu'une personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité devait passer en prison avant d'avoir droit à un réexamen. Lord Mustill, au nom de tous les lords juristes dans l'affaire, conclut que même s'il n'existe pas d'obligation générale de fournir des motifs en common law, dans les circonstances visées, il était inéquitable de ne pas fournir des motifs. D'autres décisions anglaises ont conclu que la common law exige que les décisions soient motivées quand il existe un droit d'appel prévu par la loi: voir *Norton Tool Co. c. Tewson*, [1973] 1 W.L.R. 45 (N.I.R.C.), à la p. 49; *Alexander Machinery (Dudley) Ltd. c. Crabtree*, [1974] I.C.R. 120 (N.I.R.C.).

Certains tribunaux canadiens ont imposé aux décideurs administratifs, dans des circonstances particulières, une obligation de common law de motiver leurs décisions, tandis que d'autres ont été plus hésitants à le faire. L'arrêt *Orlowski c. British Columbia (Attorney-General)* (1992), 94 D.L.R. (4th) 541 (C.A.C.-B.), aux pp. 551 et 552, conclut qu'en général une commission d'examen agissant sous le régime de la partie XX.1 du *Code criminel* devait motiver ses décisions, en raison notamment de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi et de l'importance des droits touchés par ces décisions. Dans l'arrêt *R.D.R. Construction Ltd. c. Rent Review Commission* (1982), 55 N.S.R. (2d) 71 (C.A.), la cour a statué qu'en raison de l'existence d'un droit d'appel prévu par la loi, il existait implicitement une obligation de donner des motifs. Le juge suppléant Smith, dans l'affaire *Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié*, [1980] 2 C.F. 316 (1<sup>re</sup> inst.), a imposé une obligation de motiver une décision ministérielle portant sur le statut de réfugié, en raison du droit d'en demander le réexamen devant la Commission d'appel de l'immigration. De même, alors qu'il examinait si l'exigence prévue par la loi de donner des motifs avait été convenablement remplie, le juge Bastarache (alors juge à la Cour d'appel) a souligné, dans l'arrêt *Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 179 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 43

tion to a decision to declare a permanent resident a danger to the public under s. 70(5) of the *Immigration Act: Williams, supra*.

(C.A.), à la p. 55, qu'il était important de disposer de motifs appropriés quand une décision est portée en appel. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a récemment conclu qu'il n'était pas nécessaire de motiver une décision dont le but était de déclarer qu'un résident permanent constituait un danger pour le public en vertu du par. 70(5) de la *Loi sur l'immigration: Williams, précité*.

43 In my opinion, it is now appropriate to recognize that, in certain circumstances, the duty of procedural fairness will require the provision of a written explanation for a decision. The strong arguments demonstrating the advantages of written reasons suggest that, in cases such as this where the decision has important significance for the individual, when there is a statutory right of appeal, or in other circumstances, some form of reasons should be required. This requirement has been developing in the common law elsewhere. The circumstances of the case at bar, in my opinion, constitute one of the situations where reasons are necessary. The profound importance of an H & C decision to those affected, as with those at issue in *Orlowski, Cunningham, and Doody*, militates in favour of a requirement that reasons be provided. It would be unfair for a person subject to a decision such as this one which is so critical to their future not to be told why the result was reached.

À mon avis, il est maintenant approprié de reconnaître que, dans certaines circonstances, l'obligation d'équité procédurale requerra une explication écrite de la décision. Les solides arguments démontrant les avantages de motifs écrits indiquent que, dans des cas comme en l'espèce où la décision revêt une grande importance pour l'individu, dans des cas où il existe un droit d'appel prévu par la loi, ou dans d'autres circonstances, une forme quelconque de motifs écrits est requise. Cette exigence est apparue dans la common law ailleurs. Les circonstances de l'espèce, à mon avis, constituent l'une de ces situations où des motifs écrits sont nécessaires. L'importance cruciale d'une décision d'ordre humanitaire pour les personnes visées, comme celles dont il est question dans les arrêts *Orlowski, Cunningham et Doody*, milite en faveur de l'obligation de donner des motifs. Il serait injuste à l'égard d'une personne visée par une telle décision, si essentielle pour son avenir, de ne pas lui expliquer pourquoi elle a été prise.

44 In my view, however, the reasons requirement was fulfilled in this case since the appellant was provided with the notes of Officer Lorenz. The notes were given to Ms. Baker when her counsel asked for reasons. Because of this, and because there is no other record of the reasons for making the decision, the notes of the subordinate reviewing officer should be taken, by inference, to be the reasons for decision. Accepting documents such as these notes as sufficient reasons is part of the flexibility that is necessary, as emphasized by Macdonald and Lametti, *supra*, when courts evaluate the requirements of the duty of fairness with recognition of the day-to-day realities of administrative agencies and the many ways in which the values underlying the principles of procedural fairness

J'estime, toutefois, que cette obligation a été remplie en l'espèce par la production des notes de l'agent Lorenz à l'appelante. Les notes ont été remises à M<sup>me</sup> Baker lorsque son avocat a demandé des motifs. Pour cette raison, et parce qu'il n'existe pas d'autres documents indiquant les motifs de la décision, les notes de l'agent subalterne devraient être considérées, par déduction, comme les motifs de la décision. L'admission de documents tels que ces notes comme motifs de la décision fait partie de la souplesse nécessaire, ainsi que l'ont souligné Macdonald et Lametti, *loc. cit.*, quand des tribunaux évaluent les exigences de l'obligation d'équité tout en tenant compte de la réalité quotidienne des organismes administratifs et des nombreuses façons d'assurer le respect des

can be assured. It upholds the principle that individuals are entitled to fair procedures and open decision-making, but recognizes that in the administrative context, this transparency may take place in various ways. I conclude that the notes of Officer Lorenz satisfy the requirement for reasons under the duty of procedural fairness in this case, and they will be taken to be the reasons for decision.

(5) Reasonable Apprehension of Bias

Procedural fairness also requires that decisions be made free from a reasonable apprehension of bias by an impartial decision-maker. The respondent argues that Simpson J. was correct to find that the notes of Officer Lorenz cannot be considered to give rise to a reasonable apprehension of bias because it was Officer Caden who was the actual decision-maker, who was simply reviewing the recommendation prepared by his subordinate. In my opinion, the duty to act fairly and therefore in a manner that does not give rise to a reasonable apprehension of bias applies to all immigration officers who play a significant role in the making of decisions, whether they are subordinate reviewing officers, or those who make the final decision. The subordinate officer plays an important part in the process, and if a person with such a central role does not act impartially, the decision itself cannot be said to have been made in an impartial manner. In addition, as discussed in the previous section, the notes of Officer Lorenz constitute the reasons for the decision, and if they give rise to a reasonable apprehension of bias, this taints the decision itself.

The test for reasonable apprehension of bias was set out by de Grandpré J., writing in dissent, in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . [T]hat test is "what would an

valeurs qui fondent les principes de l'équité procédurale. Cela confirme le principe selon lequel les individus ont droit à une procédure équitable et à la transparence de la prise de décision, mais reconnaît aussi qu'en matière administrative, cette transparence peut être atteinte de différentes façons. Je conclus qu'en l'espèce les notes de l'agent Lorenz remplissent l'obligation de donner des motifs en vertu de l'obligation d'équité procédurale, et qu'elles seront considérées comme les motifs de la décision.

(5) La crainte raisonnable de partialité

L'équité procédurale exige également que les décisions soient rendues par un décideur impartial, sans crainte raisonnable de partialité. L'intimé soutient que le juge Simpson a eu raison de conclure que les notes de l'agent Lorenz ne peuvent pas donner lieu à une crainte raisonnable de partialité, parce que le vrai décideur était l'agent Caden, qui a simplement fait une revue de la recommandation préparée par son subalterne. L'obligation d'agir équitablement et, en conséquence, d'une façon qui ne donne pas lieu à une crainte raisonnable de partialité, s'applique, à mon avis, à tous les agents d'immigration qui jouent un rôle significatif dans la prise de décision, qu'ils soient des agents de réexamen subalternes, ou ceux qui rendent la décision finale. L'agent subordonné joue un rôle important dans le processus, et si une personne ayant un rôle aussi central n'agit pas de façon impartiale, la décision elle-même ne peut pas être considérée comme ayant été rendue de façon impartiale. En outre, comme je le dis au paragraphe précédent, les notes de l'agent Lorenz constituent les motifs de la décision, et si elles donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité, la décision elle-même en est viciée.

Le test de la crainte raisonnable de partialité a été exposé par le juge de Grandpré, dissident, dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [...] [C]e critère consiste à se

informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

This expression of the test has often been endorsed by this Court, most recently in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, *per* Major J.; at para. 31, *per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.; and at para. 111, *per* Cory J.

47

It has been held that the standards for reasonable apprehension of bias may vary, like other aspects of procedural fairness, depending on the context and the type of function performed by the administrative decision-maker involved: *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Old St. Boniface*, *supra*, at p. 1192. The context here is one where immigration officers must regularly make decisions that have great importance to the individuals affected by them, but are also often critical to the interests of Canada as a country. They are individualized, rather than decisions of a general nature. They also require special sensitivity. Canada is a nation made up largely of people whose families migrated here in recent centuries. Our history is one that shows the importance of immigration, and our society shows the benefits of having a diversity of people whose origins are in a multitude of places around the world. Because they necessarily relate to people of diverse backgrounds, from different cultures, races, and continents, immigration decisions demand sensitivity and understanding by those making them. They require a recognition of diversity, an understanding of others, and an openness to difference.

48

In my opinion, the well-informed member of the community would perceive bias when reading Officer Lorenz's comments. His notes, and the manner in which they are written, do not disclose the existence of an open mind or a weighing of the particular circumstances of the case free from stereotypes. Most unfortunate is the fact that they

demandar «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Notre Cour a souvent souscrit à cette définition du test, plus récemment dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au par. 11, le juge Major; au par. 31, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin; et au par. 111, le juge Cory.

Il a été décidé que le test relatif à la crainte raisonnable de partialité pouvait varier, comme d'autres éléments de l'équité procédurale, selon le contexte et le genre de fonction exercée par le décideur administratif concerné: *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1192. Le contexte en l'espèce est que les agents d'immigration doivent régulièrement prendre des décisions qui ont une très grande importance pour les personnes visées, mais qui souvent ont aussi une incidence sur les intérêts du Canada comme pays. Ce sont des décisions de nature individuelle plutôt que générale. Elles exigent également une grande sensibilité. Le Canada est une nation en grande partie composée de gens dont les familles ont émigré dans les siècles derniers. Notre histoire démontre l'importance de l'immigration, et notre société est l'exemple des avantages de la diversité de gens originaires d'une multitude de pays. Parce qu'elles visent nécessairement des personnes de provenances diverses, issues de cultures, de races et de continents différents, les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent qu'on reconnaisse la diversité ainsi qu'une compréhension des autres et une ouverture d'esprit à la différence.

À mon avis, les membres bien informés de la communauté percevraient la partialité dans les commentaires de l'agent Lorenz. Ses notes, et la façon dont elles sont rédigées, ne témoignent ni d'un esprit ouvert ni d'une absence de stéréotypes dans l'évaluation des circonstances particulières de l'affaire. Plus regrettable encore est le fait qu'elles

seem to make a link between Ms. Baker's mental illness, her training as a domestic worker, the fact that she has several children, and the conclusion that she would therefore be a strain on our social welfare system for the rest of her life. In addition, the conclusion drawn was contrary to the psychiatrist's letter, which stated that, with treatment, Ms. Baker could remain well and return to being a productive member of society. Whether they were intended in this manner or not, these statements give the impression that Officer Lorenz may have been drawing conclusions based not on the evidence before him, but on the fact that Ms. Baker was a single mother with several children, and had been diagnosed with a psychiatric illness. His use of capitals to highlight the number of Ms. Baker's children may also suggest to a reader that this was a reason to deny her status. Reading his comments, I do not believe that a reasonable and well-informed member of the community would conclude that he had approached this case with the impartiality appropriate to a decision made by an immigration officer. It would appear to a reasonable observer that his own frustration with the "system" interfered with his duty to consider impartially whether the appellant's admission should be facilitated owing to humanitarian or compassionate considerations. I conclude that the notes of Officer Lorenz demonstrate a reasonable apprehension of bias.

#### *D. Review of the Exercise of the Minister's Discretion*

Although the finding of reasonable apprehension of bias is sufficient to dispose of this appeal, it does not address the issues contained in the "serious question of general importance" which was certified by Simpson J. relating to the approach to be taken to children's interests when reviewing the exercise of the discretion conferred by the Act and the Regulations. Since it is important to address the central questions which led to this appeal, I will also consider whether, as a substantive matter, the H & C decision was improperly made in this case.

semblent établir un lien entre les troubles mentaux de M<sup>me</sup> Baker, sa formation comme domestique, le fait qu'elle ait plusieurs enfants, et la conclusion qu'elle serait, en conséquence, un fardeau pour notre système d'aide sociale pour le restant de sa vie. En outre, la conclusion tirée était contraire à la lettre du psychiatre, qui disait qu'avec un traitement, l'état de M<sup>me</sup> Baker pouvait continuer de s'améliorer et qu'elle pouvait redevenir un membre productif de la société. Qu'elles aient été faites dans cette intention ou non, ces déclarations donnent l'impression que l'agent Lorenz peut avoir tiré des conclusions en se fondant non pas sur la preuve dont il disposait, mais sur le fait que M<sup>me</sup> Baker était une mère célibataire ayant plusieurs enfants, et était atteinte de troubles psychiatriques. L'utilisation de majuscules par l'agent pour souligner le nombre des enfants de M<sup>me</sup> Baker peut également indiquer au lecteur que c'était là une raison de lui refuser sa demande. À la lecture des commentaires de l'agent, je ne crois pas qu'un membre raisonnable et bien informé de la communauté conclurait que l'agent a traité cette affaire avec l'impartialité requise de la part d'un agent d'immigration rendant ce genre de décision. Un observateur raisonnable noterait que la propre frustration de l'agent face au «système» l'empêchait d'évaluer avec impartialité si l'admission de l'appelante devrait être facilitée pour des raisons d'ordre humanitaire. Je conclus que les notes de l'agent Lorenz donnent lieu à une crainte raisonnable de partialité.

#### *D. Le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre*

Bien que l'existence d'une crainte raisonnable de partialité suffise pour trancher le présent pourvoi, cette conclusion ne règle pas les points litigieux énoncés dans la «question grave de portée générale», certifiée par le juge Simpson, concernant la façon d'aborder l'intérêt des enfants dans le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la Loi et le règlement. Comme il est important de traiter des questions centrales qui ont conduit au présent pourvoi, j'examinerai également si, sur le fond, la décision d'ordre humanitaire a été incorrectement rendue dans la présente affaire.

50

The appellant argues that the notes provided to her show that, as a matter of law, the decision should be overturned on judicial review. She submits that the decision should be held to a standard of review of correctness, that principles of administrative law require this discretion to be exercised in accordance with the Convention, and that the Minister should apply the best interests of the child as a primary consideration in H & C decisions. The respondent submits that the Convention has not been implemented in Canadian law, and that to require that s. 114(2) and the Regulations made under it be interpreted in accordance with the Convention would be improper, since it would interfere with the broad discretion granted by Parliament, and with the division of powers between the federal and provincial governments.

(1) The Approach to Review of Discretionary Decision-Making

51

As stated earlier, the legislation and Regulations delegate considerable discretion to the Minister in deciding whether an exemption should be granted based upon humanitarian and compassionate considerations. The Regulations state that “[t]he Minister is . . . authorized to” grant an exemption or otherwise facilitate the admission to Canada of any person “where the Minister is satisfied that” this should be done “owing to the existence of compassionate or humanitarian considerations”. This language signals an intention to leave considerable choice to the Minister on the question of whether to grant an H & C application.

52

The concept of discretion refers to decisions where the law does not dictate a specific outcome, or where the decision-maker is given a choice of options within a statutorily imposed set of boundaries. As K. C. Davis wrote in *Discretionary Justice* (1969), at p. 4:

A public officer has discretion whenever the effective limits on his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction.

It is necessary in this case to consider the approach to judicial review of administrative discretion,

L’appelante allègue que les notes qu’on lui a remises montrent que, en droit, la décision devrait être annulée par voie de contrôle judiciaire. Elle soutient que la décision devrait respecter la norme de la décision correcte, que les principes de droit administratif exigent que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément à la Convention, et que le ministre devrait faire de l’intérêt supérieur de l’enfant une considération primordiale dans les décisions d’ordre humanitaire. L’intimé soutient que la Convention n’a pas été incorporée dans le droit canadien, et qu’il serait inapproprié d’exiger que le par. 114(2) et son règlement d’application soient interprétés conformément à la Convention, parce que cela empiéterait sur le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par le Parlement, et sur le partage des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux.

(1) La démarche relative au contrôle de décisions discrétionnaires

Comme je l’ai dit précédemment, la loi et le règlement délèguent un très large pouvoir discrétionnaire au ministre dans la décision d’accorder une dispense pour des raisons d’ordre humanitaire. Le règlement dit que «[l]e ministre est autorisé à accorder, pour des raisons d’ordre humanitaire, une dispense [. . .] ou à faciliter l’admission au Canada de toute autre manière». Ce langage témoigne de l’intention de laisser au ministre une grande latitude dans sa décision d’accorder ou non une demande fondée sur des raisons d’ordre humanitaire.

La notion de pouvoir discrétionnaire s’applique dans les cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d’options à l’intérieur de limites imposées par la loi. K. C. Davis écrit ceci dans *Discretionary Justice* (1969), à la p. 4:

[TRADUCTION] Un fonctionnaire possède un pouvoir discrétionnaire quand les limites réelles de son pouvoir lui donnent la liberté de choisir entre divers modes d’action ou d’inaction possibles.

Il faut examiner en l’espèce l’approche du contrôle judiciaire en matière de pouvoir discrétionnaire

taking into account the “pragmatic and functional” approach to judicial review that was first articulated in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and has been applied in subsequent cases including *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 601-7, per L'Heureux-Dubé J., dissenting, but not on this issue; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; and *Pushpanathan*, *supra*.

Administrative law has traditionally approached the review of decisions classified as discretionary separately from those seen as involving the interpretation of rules of law. The rule has been that decisions classified as discretionary may only be reviewed on limited grounds such as the bad faith of decision-makers, the exercise of discretion for an improper purpose, and the use of irrelevant considerations: see, for example, *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pp. 7-8; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231. A general doctrine of “unreasonableness” has also sometimes been applied to discretionary decisions: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). In my opinion, these doctrines incorporate two central ideas — that discretionary decisions, like all other administrative decisions, must be made within the bounds of the jurisdiction conferred by the statute, but that considerable deference will be given to decision-makers by courts in reviewing the exercise of that discretion and determining the scope of the decision-maker’s jurisdiction. These doctrines recognize that it is the intention of a legislature, when using statutory language that confers broad choices on administrative agencies, that courts should not lightly interfere with such decisions, and should give considerable respect to decision-makers when reviewing the manner in which discretion was exercised. However, discretion must still be exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law (*Roncarelli v.*

administratif, en tenant compte de l’analyse «pragmatique et fonctionnelle» du contrôle judiciaire qui a été énoncée pour la première fois dans l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et appliquée dans des arrêts postérieurs dont *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 601 à 607, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente sur d’autres points; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; et *Pushpanathan*, précité.

Le droit administratif a traditionnellement abordé le contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires séparément de décisions sur l’interprétation de règles de droit. Le principe est qu’on ne peut exercer un contrôle judiciaire sur les décisions discrétionnaires que pour des motifs limités, comme la mauvaise foi des décideurs, l’exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but incorrect, et l’utilisation de considérations non pertinentes: voir, par exemple, *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pp. 7 et 8; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231. Un principe général relatif au «caractère déraisonnable» a parfois été appliqué aussi à des décisions discrétionnaires: *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corporation*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.). À mon avis, ces principes englobent deux idées centrales — qu’une décision discrétionnaire, comme toute autre décision administrative, doit respecter les limites de la compétence conférée par la loi, mais que les tribunaux devront exercer une grande retenue à l’égard des décideurs lorsqu’ils contrôlent ce pouvoir discrétionnaire et déterminent l’étendue de la compétence du décideur. Ces principes reconnaissent que lorsque le législateur confère par voie législative des choix étendus aux organismes administratifs, son intention est d’indiquer que les tribunaux ne devraient pas intervenir à la légère dans de telles décisions, et devraient accorder une marge considérable de respect aux décideurs lorsqu’ils révisent la façon dont les décideurs ont exercé leur discrétion. Toutefois, l’exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d’une

*Duplessis*, [1959] S.C.R. 121), in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038).

interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121), suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038).

54

It is, however, inaccurate to speak of a rigid dichotomy of “discretionary” or “non-discretionary” decisions. Most administrative decisions involve the exercise of implicit discretion in relation to many aspects of decision making. To give just one example, decision-makers may have considerable discretion as to the remedies they order. In addition, there is no easy distinction to be made between interpretation and the exercise of discretion; interpreting legal rules involves considerable discretion to clarify, fill in legislative gaps, and make choices among various options. As stated by Brown and Evans, *supra*, at p. 14-47:

J'estime qu'il est inexact de parler d'une dichotomie stricte entre les décisions «discrétionnaires» et les décisions «non discrétionnaires». La plupart des décisions administratives comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire implicite relativement à de nombreux aspects de la prise de décision. Pour ne donner qu'un seul exemple, les décideurs peuvent avoir un pouvoir discrétionnaire très étendu dans les réparations qu'ils accordent. En outre, il n'est pas facile d'établir une distinction entre l'interprétation et l'exercice du pouvoir discrétionnaire; l'interprétation de règles de droit comporte un pouvoir discrétionnaire étendu pour ce qui est de clarifier, de combler les vides juridiques, et de choisir entre différentes options. Comme le disent Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 14-47:

The degree of discretion in a grant of power can range from one where the decision-maker is constrained only by the purposes and objects of the legislation, to one where it is so specific that there is almost no discretion involved. In between, of course, there may be any number of limitations placed on the decision-maker's freedom of choice, sometimes referred to as “structured” discretion.

[TRADUCTION] Le degré de discrétion dans l'attribution d'un pouvoir peut aller d'un pouvoir dans lequel le décideur est contraint seulement par les objectifs de la loi, à un pouvoir si défini que n'intervient pratiquement pas de discrétion. Entre les deux, évidemment, il existe plusieurs limites à la liberté de choix du décideur, parfois appelé une discrétion «structurée».

55

The “pragmatic and functional” approach recognizes that standards of review for errors of law are appropriately seen as a spectrum, with certain decisions being entitled to more deference, and others entitled to less: *Pezim*, *supra*, at pp. 589-90; *Southam*, *supra*, at para. 30; *Pushpanathan*, *supra*, at para. 27. Three standards of review have been defined: patent unreasonableness, reasonableness *simpliciter*, and correctness: *Southam*, at paras. 54-56. In my opinion the standard of review of the substantive aspects of discretionary decisions is best approached within this framework, especially given the difficulty in making rigid classifications

La démarche «pragmatique et fonctionnelle» reconnaît qu'il y a une large gamme de normes de contrôle judiciaire des erreurs de droit, certaines décisions exigeant plus de retenue, et d'autres moins: *Pezim*, précité, aux pp. 589 et 590; *Southam*, précité, au par. 30; *Pushpanathan*, précité, au par. 27. Trois normes de contrôle ont été définies: la décision manifestement déraisonnable, la décision raisonnable *simpliciter* et la décision correcte: *Southam*, précité, aux par. 54 à 56. Je suis d'avis que la norme de contrôle des éléments de fond d'une décision discrétionnaire est mieux envisagée dans ce cadre, compte tenu particulièrement

between discretionary and non-discretionary decisions. The pragmatic and functional approach takes into account considerations such as the expertise of the tribunal, the nature of the decision being made, and the language of the provision and the surrounding legislation. It includes factors such as whether a decision is “polycentric” and the intention revealed by the statutory language. The amount of choice left by Parliament to the administrative decision-maker and the nature of the decision being made are also important considerations in the analysis. The spectrum of standards of review can incorporate the principle that, in certain cases, the legislature has demonstrated its intention to leave greater choices to decision-makers than in others, but that a court must intervene where such a decision is outside the scope of the power accorded by Parliament. Finally, I would note that this Court has already applied this framework to statutory provisions that confer significant choices on administrative bodies, for example, in reviewing the exercise of the remedial powers conferred by the statute at issue in *Southam, supra*.

Incorporating judicial review of decisions that involve considerable discretion into the pragmatic and functional analysis for errors of law should not be seen as reducing the level of deference given to decisions of a highly discretionary nature. In fact, deferential standards of review may give substantial leeway to the discretionary decision-maker in determining the “proper purposes” or “relevant considerations” involved in making a given determination. The pragmatic and functional approach can take into account the fact that the more discretion that is left to a decision-maker, the more reluctant courts should be to interfere with the manner in which decision-makers have made choices among various options. However, though discretionary decisions will generally be given considerable respect, that discretion must be exercised in accordance with the boundaries imposed in the statute, the principles of the rule of law, the principles of administrative law, the fundamental values of Canadian society, and the principles of the *Charter*.

de la difficulté de faire des classifications rigides entre les décisions discrétionnaires et les décisions non discrétionnaires. La démarche pragmatique et fonctionnelle tient compte de considérations comme l'expertise du tribunal, la nature de la décision qui est prise, et le libellé de la disposition et des lois qui s'y rapportent. Elle comprend des facteurs comme le caractère «polycentrique» d'une décision et l'intention exprimée par le langage employé par la loi. La latitude que laisse le Parlement au décideur administratif et la nature de la décision qui est prise sont également d'importantes considérations dans l'analyse. La gamme de normes de contrôle peut comprendre le principe que, dans certains cas, la législature a fait part de son intention de laisser des choix plus grands aux décideurs que dans d'autres, mais qu'il faut qu'un tribunal intervienne quand une telle décision dépasse l'étendue du pouvoir conféré par le Parlement. Enfin, je signalerais que notre Cour a déjà appliqué ce cadre à des dispositions législatives qui accordent une latitude importante à des organismes administratifs, par exemple, en contrôlant l'exercice des pouvoirs de réparation conférés par la loi en cause dans l'arrêt *Southam*, précité.

L'intégration du contrôle judiciaire de décisions comportant un large pouvoir discrétionnaire dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle en raison d'erreurs de droit ne devrait pas être considérée comme une diminution du niveau de retenue accordé aux décisions de nature hautement discrétionnaire. En fait, des normes de contrôle judiciaire empreintes de retenue peuvent donner au décideur discrétionnaire une grande liberté d'action dans la détermination des «objectifs appropriés» ou des «considérations pertinentes». La démarche pragmatique et fonctionnelle peut tenir compte du fait que plus le pouvoir discrétionnaire accordé à un décideur est grand, plus les tribunaux devraient hésiter à intervenir dans la manière dont les décideurs ont choisi entre diverses options. Toutefois, même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la *Charte*.

(2) The Standard of Review in This Case

57

I turn now to an application of the pragmatic and functional approach to determine the appropriate standard of review for decisions made under s. 114(2) and Regulation 2.1, and the factors affecting the determination of that standard outlined in *Pushpanathan*, *supra*. It was held in that case that the decision, which related to the determination of a question of law by the Immigration and Refugee Board, was subject to a standard of review of correctness. Although that decision was also one made under the *Immigration Act*, the type of decision at issue was very different, as was the decision-maker. The appropriate standard of review must, therefore, be considered separately in the present case.

58

The first factor to be examined is the presence or absence of a privative clause, and, in appropriate cases, the wording of that clause: *Pushpanathan*, at para. 30. There is no privative clause contained in the *Immigration Act*, although judicial review cannot be commenced without leave of the Federal Court — Trial Division under s. 82.1. As mentioned above, s. 83(1) requires the certification of a “serious question of general importance” by the Federal Court — Trial Division before that decision may be appealed to the Court of Appeal. *Pushpanathan* shows that the existence of this provision means there should be a lower level of deference on issues related to the certified question itself. However, this is only one of the factors involved in determining the standard of review, and the others must also be considered.

59

The second factor is the expertise of the decision-maker. The decision-maker here is the Minister of Citizenship and Immigration or his or her delegate. The fact that the formal decision-maker is the Minister is a factor militating in favour of deference. The Minister has some expertise relative to courts in immigration matters, particularly with respect to when exemptions should be given from the requirements that normally apply.

(2) La norme de contrôle en l'espèce

J'examine maintenant l'application de la démarche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle appropriée à l'égard de décisions rendues en vertu du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement, et les facteurs à considérer mis en évidence dans l'arrêt *Pushpanathan*, précité. Cet arrêt conclut que la décision, qui se rapportait à la détermination d'une question de droit par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, devait respecter la norme de la décision correcte. Bien qu'elle ait également été rendue sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, la décision en litige était très différente, tout comme l'était le décideur. Il faut donc évaluer la norme de contrôle appropriée distinctement dans la présente affaire.

Le premier facteur à examiner est la présence ou l'absence d'une clause privative et, le cas échéant, le libellé de cette clause: *Pushpanathan*, au par. 30. La *Loi sur l'immigration* ne contient pas de clause privative, mais le contrôle judiciaire ne peut se faire sans l'autorisation de la Cour fédérale, Section de première instance, selon l'art. 82.1. Comme je l'ai dit précédemment, le par. 83(1) exige la certification d'une «question grave de portée générale» par la Cour fédérale, Section de première instance, pour que cette décision puisse être portée en appel devant la Cour d'appel. L'arrêt *Pushpanathan* montre que l'existence de cette disposition signifie un degré moindre de retenue à l'égard des points litigieux liés à la question certifiée. Toutefois, il ne s'agit que de l'un des facteurs à considérer pour déterminer la norme de contrôle, et il faut également évaluer les autres.

Le deuxième facteur est l'expertise du décideur. En l'espèce, le décideur est le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ou son représentant. Le fait que, officiellement, le décideur soit le ministre est un facteur militant en faveur de la retenue. Le ministre a une certaine expertise par rapport aux tribunaux en matière d'immigration, surtout en ce qui concerne les dispenses d'application des exigences habituelles.

The third factor is the purpose of the provision in particular, and of the Act as a whole. This decision involves considerable choice on the part of the Minister in determining when humanitarian and compassionate considerations warrant an exemption from the requirements of the Act. The decision also involves applying relatively “open-textured” legal principles, a factor militating in favour of greater deference: *Pushpanathan, supra*, at para. 36. The purpose of the provision in question is also to exempt applicants, in certain circumstances, from the requirements of the Act or its Regulations. This factor, too, is a signal that greater deference should be given to the Minister. However, it should also be noted, in favour of a stricter standard, that this decision relates directly to the rights and interests of an individual in relation to the government, rather than balancing the interests of various constituencies or mediating between them. Its purpose is to decide whether the admission to Canada of a particular individual, in a given set of circumstances, should be facilitated.

The fourth factor outlined in *Pushpanathan* considers the nature of the problem in question, especially whether it relates to the determination of law or facts. The decision about whether to grant an H & C exemption involves a considerable appreciation of the facts of that person’s case, and is not one which involves the application or interpretation of definitive legal rules. Given the highly discretionary and fact-based nature of this decision, this is a factor militating in favour of deference.

These factors must be balanced to arrive at the appropriate standard of review. I conclude that considerable deference should be accorded to immigration officers exercising the powers conferred by the legislation, given the fact-specific nature of the inquiry, its role within the statutory scheme as an exception, the fact that the decision-maker is the Minister, and the considerable discretion evidenced by the statutory language. Yet the absence of a privative clause, the explicit contemplation of judicial review by the Federal Court — Trial Division and the Federal Court of Appeal in certain circumstances, and the individual rather

Le troisième facteur est l’objet de la disposition en particulier, et de la Loi dans son ensemble. Cette décision implique une grande latitude pour le ministre qui doit décider si des raisons d’ordre humanitaire justifient une dispense des exigences de la Loi. La décision commande aussi l’application de principes juridiques relativement peu «limitatifs», un facteur militant en faveur d’une plus grande retenue: *Pushpanathan*, précité, au par. 36. L’objet de la disposition en question est également de dispenser les demandeurs, dans certaines circonstances, des exigences de la Loi ou de son règlement. Ce facteur joue aussi en faveur d’une plus grande retenue envers la décision du ministre. Toutefois, il faut également signaler, en faveur d’une norme plus stricte, que cette décision vise directement les droits et les intérêts d’un individu par rapport au gouvernement plutôt qu’elle n’évalue ou ne pondère les intérêts de divers groupes. Le but de la décision est de déterminer si l’admission au Canada d’un individu particulier, dans des circonstances données, devrait être facilitée.

Le quatrième facteur mis en relief dans l’arrêt *Pushpanathan* vise la nature du problème en question, particulièrement s’il s’agit de droit ou de faits. La décision d’accorder une dispense fondée sur des raisons d’ordre humanitaire demande principalement l’appréciation de faits relatifs au cas d’une personne, et ne porte pas sur l’application ni sur l’interprétation de règles de droit précises. Le fait que cette décision soit de nature hautement discrétionnaire et factuelle est un facteur qui milite en faveur de la retenue.

Tous ces facteurs doivent être soupesés afin d’en arriver à la norme d’examen appropriée. Je conclus qu’on devrait faire preuve d’une retenue considérable envers les décisions d’agents d’immigration exerçant les pouvoirs conférés par la loi, compte tenu de la nature factuelle de l’analyse, de son rôle d’exception au sein du régime législatif, du fait que le décideur est le ministre, et de la large discrétion accordée par le libellé de la loi. Toutefois, l’absence de clause privative, la possibilité expressément prévue d’un contrôle judiciaire par la Cour fédérale, Section de première instance, et la Cour d’appel fédérale dans certaines circonstances, ainsi

60

61

62

than polycentric nature of the decision, also suggest that the standard should not be as deferential as “patent unreasonableness”. I conclude, weighing all these factors, that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*.

(3) Was this Decision Unreasonable?

63 I will next examine whether the decision in this case, and the immigration officer’s interpretation of the scope of the discretion conferred upon him, were unreasonable in the sense contemplated in the judgment of Iacobucci J. in *Southam*, *supra*, at para. 56:

An unreasonable decision is one that, in the main, is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination. Accordingly, a court reviewing a conclusion on the reasonableness standard must look to see whether any reasons support it. The defect, if there is one, could presumably be in the evidentiary foundation itself or in the logical process by which conclusions are sought to be drawn from it.

In particular, the examination of this question should focus on the issues arising from the “serious question of general importance” stated by Simpson J.: the question of the approach to be taken to the interests of children when reviewing an H & C decision.

64 The notes of Officer Lorenz, in relation to the consideration of “H & C factors”, read as follows:

The PC is a paranoid schizophrenic and on welfare. She has no qualifications other than as a domestic. She has FOUR CHILDREN IN JAMAICA AND ANOTHER FOUR BORN HERE. She will, of course, be a tremendous strain on our social welfare systems for (probably) the rest of her life. There are no H&C factors other than her FOUR CANADIAN-BORN CHILDREN. Do we let her stay because of that? I am of the opinion that Canada can no longer afford this type of generosity.

65 In my opinion, the approach taken to the children’s interests shows that this decision was unreasonable in the sense contemplated in *Southam*,

que la nature individuelle plutôt que polycentrique de la décision, tendent aussi à indiquer que la norme applicable ne devrait pas en être une d’aussi grande retenue que celle du caractère «manifestement déraisonnable». Je conclus, après avoir évalué tous ces facteurs, que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

(3) La décision était-elle déraisonnable?

J’examinerai maintenant si la décision dans la présente affaire, et l’interprétation par l’agent d’immigration de l’étendue du pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré, étaient déraisonnables au sens où l’entend le juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité, au par. 56:

Est déraisonnable la décision qui, dans l’ensemble, n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé. En conséquence, la cour qui contrôle une conclusion en regard de la norme de la décision raisonnable doit se demander s’il existe quelque motif étayant cette conclusion. Le défaut, s’il en est, pourrait découler de la preuve elle-même ou du raisonnement qui a été appliqué pour tirer les conclusions de cette preuve.

L’examen de cette question devrait être axé sur les points découlant de la «question grave de portée générale» énoncée par le juge Simpson: la façon d’aborder la question de l’intérêt des enfants dans le contrôle d’une décision d’ordre humanitaire.

Les notes de l’agent Lorenz relatives à l’examen des raisons d’ordre humanitaire, disent ceci:

[TRADUCTION] PC est atteinte de schizophrénie paranoïde et reçoit l’assistance sociale. Elle n’a pas d’autres qualifications que de domestique. Elle a QUATRE ENFANTS EN JAMAÏQUE ET QUATRE AUTRES NÉS ICI. Elle sera, bien entendu, un fardeau excessif pour nos systèmes d’aide sociale (probablement) pour le reste de sa vie. Il n’existe pas d’autres facteurs d’ordre humanitaire que ses QUATRE ENFANTS NÉS AU CANADA. Devons-nous lui permettre de rester pour ça? Je suis d’avis que le Canada ne peut plus se permettre cette sorte de générosité.

À mon avis, la façon dont elle traite l’intérêt des enfants montre que cette décision était déraisonnable au sens de l’arrêt *Southam*, précité. L’agent n’a

*supra*. The officer was completely dismissive of the interests of Ms. Baker's children. As I will outline in detail in the paragraphs that follow, I believe that the failure to give serious weight and consideration to the interests of the children constitutes an unreasonable exercise of the discretion conferred by the section, notwithstanding the important deference that should be given to the decision of the immigration officer. Professor Dyzenhaus has articulated the concept of "deference as respect" as follows:

Deference as respect requires not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. . . .

(D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286.)

The reasons of the immigration officer show that his decision was inconsistent with the values underlying the grant of discretion. They therefore cannot stand up to the somewhat probing examination required by the standard of reasonableness.

The wording of s. 114(2) and of Regulation 2.1 requires that a decision-maker exercise the power based upon "compassionate or humanitarian considerations" (emphasis added). These words and their meaning must be central in determining whether an individual H & C decision was a reasonable exercise of the power conferred by Parliament. The legislation and regulations direct the Minister to determine whether the person's admission should be facilitated owing to the existence of such considerations. They show Parliament's intention that those exercising the discretion conferred by the statute act in a humanitarian and compassionate manner. This Court has found that it is necessary for the Minister to consider an H & C request when an application is made: *Jiminez-Perez*, *supra*. Similarly, when considering it, the request must be evaluated in a manner that is respectful of humanitarian and compassionate considerations.

prêté aucune attention à l'intérêt des enfants de Mme Baker. Comme je le démontrerai avec plus de détails dans les paragraphes qui suivent, j'estime que le défaut d'accorder de l'importance et de la considération à l'intérêt des enfants constitue un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article, même s'il faut exercer un degré élevé de retenue envers la décision de l'agent d'immigration. Le professeur Dyzenhaus énonce ainsi la notion de la [TRADUCTION] «retenue au sens de respect»:

[TRADUCTION] La retenue au sens de respect ne demande pas la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision . . .

(D. Dyzenhaus, «The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy», dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, à la p. 286.)

Les motifs de l'agent d'immigration démontrent que sa décision n'était pas compatible avec les valeurs sous-jacentes à l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire. Ils ne peuvent donc pas résister à l'examen assez poussé qu'exige la norme du caractère raisonnable.

Le libellé du par. 114(2) et de l'art. 2.1 du règlement exige que le décideur exerce le pouvoir en se fondant sur «des raisons d'ordre humanitaire» (je souligne). Ces mots et leur sens doivent se situer au cœur de la réponse à la question de savoir si une décision d'ordre humanitaire particulière constituait un exercice raisonnable du pouvoir conféré par le Parlement. La loi et le règlement demandent au ministre de décider si l'admission d'une personne devrait être facilitée pour des raisons humanitaires. Ils démontrent que l'intention du Parlement est que ceux qui exercent le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi agissent de façon humanitaire. Notre Cour a jugé que le ministre est tenu d'examiner les demandes d'ordre humanitaire qui sont présentées: *Jiminez-Perez*, précité. De même, quand il procède à cet examen, le ministre doit évaluer la demande d'une manière qui soit respectueuse des raisons d'ordre humanitaire.

67

Determining whether the approach taken by the immigration officer was within the boundaries set out by the words of the statute and the values of administrative law requires a contextual approach, as is taken to statutory interpretation generally: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 20-23. In my opinion, a reasonable exercise of the power conferred by the section requires close attention to the interests and needs of children. Children's rights, and attention to their interests, are central humanitarian and compassionate values in Canadian society. Indications of children's interests as important considerations governing the manner in which H & C powers should be exercised may be found, for example, in the purposes of the Act, in international instruments, and in the guidelines for making H & C decisions published by the Minister herself.

(a) *The Objectives of the Act*

68

The objectives of the Act include, in s. 3(c):

to facilitate the reunion in Canada of Canadian citizens and permanent residents with their close relatives from abroad;

Although this provision speaks of Parliament's objective of reuniting citizens and permanent residents with their close relatives from abroad, it is consistent, in my opinion, with a large and liberal interpretation of the values underlying this legislation and its purposes to presume that Parliament also placed a high value on keeping citizens and permanent residents together with their close relatives who are already in Canada. The obligation to take seriously and place important weight on keeping children in contact with both parents, if possible, and maintaining connections between close family members is suggested by the objective articulated in s. 3(c).

(b) *International Law*

69

Another indicator of the importance of considering the interests of children when making a compassionate and humanitarian decision is the ratifi-

Afin de décider si la démarche de l'agent d'immigration respectait les limites imposées par le libellé de la loi et les valeurs du droit administratif, une analyse contextuelle est requise comme l'exige en général l'interprétation des lois: voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 20 à 23. À mon avis, l'exercice raisonnable du pouvoir conféré par l'article exige que soit prêtée une attention minutieuse aux intérêts et aux besoins des enfants. Les droits des enfants, et la considération de leurs intérêts, sont des valeurs d'ordre humanitaire centrales dans la société canadienne. Une indication que l'intérêt des enfants est une considération importante dans l'exercice des pouvoirs en matière humanitaire se trouve, par exemple, dans les objectifs de la Loi, dans les instruments internationaux, et dans les lignes directrices régissant les décisions d'ordre humanitaire publiées par le ministre lui-même.

a) *Les objectifs de la Loi*

Un des objectifs de la Loi est notamment, selon l'al. 3c):

de faciliter la réunion au Canada des citoyens canadiens et résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger;

Bien que cette disposition traite de l'objectif du Parlement de réunir des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents de l'étranger, elle permet, à mon avis, en utilisant une interprétation large et libérale des valeurs sous-jacentes à cette loi et à son objet, de présumer que le Parlement estime important également de garder ensemble des citoyens et des résidents permanents avec leurs proches parents qui sont déjà au Canada. L'objectif à l'al. 3c) énonce l'obligation d'accorder une grande importance au maintien des enfants en contact avec leurs deux parents, si cela est possible, et au maintien du lien entre les membres d'une proche famille.

b) *Le droit international*

Un autre indice de l'importance de tenir compte de l'intérêt des enfants dans une décision d'ordre humanitaire est la ratification par le Canada de la

cation by Canada of the *Convention on the Rights of the Child*, and the recognition of the importance of children's rights and the best interests of children in other international instruments ratified by Canada. International treaties and conventions are not part of Canadian law unless they have been implemented by statute: *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 621; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, at pp. 172-73. I agree with the respondent and the Court of Appeal that the Convention has not been implemented by Parliament. Its provisions therefore have no direct application within Canadian law.

Nevertheless, the values reflected in international human rights law may help inform the contextual approach to statutory interpretation and judicial review. As stated in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330:

[T]he legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred. [Emphasis added.]

The important role of international human rights law as an aid in interpreting domestic law has also been emphasized in other common law countries: see, for example, *Tavita v. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), at p. 266; *Vishaka v. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (S.C. India), at p. 367. It is also a critical influence on the interpretation of the scope of the rights included in the *Charter: Slight Communications*, *supra*; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

The values and principles of the Convention recognize the importance of being attentive to the rights and best interests of children when decisions are made that relate to and affect their future. In addition, the preamble, recalling the *Universal Declaration of Human Rights*, recognizes that "childhood is entitled to special care and assis-

*Convention relative aux droits de l'enfant*, et la reconnaissance de l'importance des droits des enfants et de l'intérêt supérieur des enfants dans d'autres instruments internationaux ratifiés par le Canada. Les conventions et les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi: *Francis c. The Queen*, [1956] R.C.S. 618, à la p. 621; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, aux pp. 172 et 173. Je suis d'accord avec l'intimé et la Cour d'appel que la Convention n'a pas été mise en vigueur par le Parlement. Ses dispositions n'ont donc aucune application directe au Canada.

Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), à la p. 330:

[TRADUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [Je souligne.]

D'autres pays de common law ont aussi mis en relief le rôle important du droit international des droits de la personne dans l'interprétation du droit interne: voir, par exemple, *Tavita c. Minister of Immigration*, [1994] 2 N.Z.L.R. 257 (C.A.), à la p. 266; *Vishaka c. Rajasthan*, [1997] 3 L.R.C. 361 (C.S. Inde), à la p. 367. Il a également une incidence cruciale sur l'interprétation de l'étendue des droits garantis par la *Charte: Slight Communications*, précité; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

Les valeurs et les principes de la Convention reconnaissent l'importance d'être attentif aux droits des enfants et à leur intérêt supérieur dans les décisions qui ont une incidence sur leur avenir. En outre, le préambule, rappelant la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, reconnaît que «l'enfance a droit à une aide et à une assistance

tance". A similar emphasis on the importance of placing considerable value on the protection of children and their needs and interests is also contained in other international instruments. The United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959), in its preamble, states that the child "needs special safeguards and care". The principles of the Convention and other international instruments place special importance on protections for children and childhood, and on particular consideration of their interests, needs, and rights. They help show the values that are central in determining whether this decision was a reasonable exercise of the H & C power.

(c) *The Ministerial Guidelines*

72

Third, the guidelines issued by the Minister to immigration officers recognize and reflect the values and approach discussed above and articulated in the Convention. As described above, immigration officers are expected to make the decision that a reasonable person would make, with special consideration of humanitarian values such as keeping connections between family members and avoiding hardship by sending people to places where they no longer have connections. The guidelines show what the Minister considers a humanitarian and compassionate decision, and they are of great assistance to the Court in determining whether the reasons of Officer Lorenz are supportable. They emphasize that the decision-maker should be alert to possible humanitarian grounds, should consider the hardship that a negative decision would impose upon the claimant or close family members, and should consider as an important factor the connections between family members. The guidelines are a useful indicator of what constitutes a reasonable interpretation of the power conferred by the section, and the fact that this decision was contrary to their directives is of great help in assessing whether the decision was an unreasonable exercise of the H & C power.

spéciales». D'autres instruments internationaux mettent également l'accent sur la grande valeur à accorder à la protection des enfants, à leurs besoins et à leurs intérêts. La *Déclaration des droits de l'enfant* (1959) de l'Organisation des Nations Unies, dans son préambule, dit que l'enfant «a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux». Les principes de la Convention et d'autres instruments internationaux accordent une importance spéciale à la protection des enfants et de l'enfance, et à l'attention particulière que méritent leurs intérêts, besoins et droits. Ils aident à démontrer les valeurs qui sont essentielles pour déterminer si la décision en l'espèce constituait un exercice raisonnable du pouvoir en matière humanitaire.

c) *Les lignes directrices ministérielles*

Troisièmement, les directives données par le ministre aux agents d'immigration reconnaissent et révèlent les valeurs et la démarche qui sont décrites ci-dessus et qui sont énoncées dans la Convention. Comme il est dit plus haut, les agents d'immigration sont censés rendre la décision qu'une personne raisonnable rendrait, en portant une attention particulière à des considérations humanitaires comme maintenir des liens entre les membres d'une famille et éviter de renvoyer des gens à des endroits où ils n'ont plus d'attaches. Les directives révèlent ce que le ministre considère comme une décision d'ordre humanitaire, et elles sont très utiles à notre Cour pour décider si les motifs de l'agent Lorenz sont valables. Elles soulignent que le décideur devrait être conscient des considérations humanitaires possibles, devrait tenir compte des difficultés qu'une décision défavorable imposerait au demandeur ou aux membres de sa famille proche, et devrait considérer comme un facteur important les liens entre les membres d'une famille. Les directives sont une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable du pouvoir conféré par l'article, et le fait que cette décision était contraire aux directives est d'une grande utilité pour évaluer si la décision constituait un exercice déraisonnable du pouvoir en matière humanitaire.

The above factors indicate that emphasis on the rights, interests, and needs of children and special attention to childhood are important values that should be considered in reasonably interpreting the “humanitarian” and “compassionate” considerations that guide the exercise of the discretion. I conclude that because the reasons for this decision do not indicate that it was made in a manner which was alive, attentive, or sensitive to the interests of Ms. Baker’s children, and did not consider them as an important factor in making the decision, it was an unreasonable exercise of the power conferred by the legislation, and must, therefore, be overturned. In addition, the reasons for decision failed to give sufficient weight or consideration to the hardship that a return to Jamaica might cause Ms. Baker, given the fact that she had been in Canada for 12 years, was ill and might not be able to obtain treatment in Jamaica, and would necessarily be separated from at least some of her children.

It follows that I disagree with the Federal Court of Appeal’s holding in *Shah, supra*, at p. 239, that a s. 114(2) decision is “wholly a matter of judgment and discretion” (emphasis added). The wording of s. 114(2) and of the Regulations shows that the discretion granted is confined within certain boundaries. While I agree with the Court of Appeal that the Act gives the applicant no right to a particular outcome or to the application of a particular legal test, and that the doctrine of legitimate expectations does not mandate a result consistent with the wording of any international instruments, the decision must be made following an approach that respects humanitarian and compassionate values. Therefore, attentiveness and sensitivity to the importance of the rights of children, to their best interests, and to the hardship that may be caused to them by a negative decision is essential for an H & C decision to be made in a reasonable manner. While deference should be given to immigration officers on s. 114(2) judicial review applications, decisions cannot stand when the manner in which the decision was made and the approach taken are in conflict with humanitarian and compassionate values. The Minister’s guidelines them-

Les facteurs susmentionnés montrent que les droits, les intérêts, et les besoins des enfants, et l’attention particulière à prêter à l’enfance sont des valeurs importantes à considérer pour interpréter de façon raisonnable les raisons d’ordre humanitaire qui guident l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Je conclus qu’étant donné que les motifs de la décision n’indiquent pas qu’elle a été rendue d’une manière réceptive, attentive ou sensible à l’intérêt des enfants de M<sup>me</sup> Baker, ni que leur intérêt ait été considéré comme un facteur décisionnel important, elle constituait un exercice déraisonnable du pouvoir conféré par la loi et doit donc être infirmée. En outre, les motifs de la décision n’accordent pas suffisamment d’importance ou de poids aux difficultés qu’un retour en Jamaïque pouvait susciter pour M<sup>me</sup> Baker, alors qu’elle avait passé 12 ans au Canada, qu’elle était malade et n’était pas assurée de pouvoir suivre un traitement en Jamaïque, et qu’elle serait forcément séparée d’au moins certains de ses enfants.

Il en résulte que je ne suis pas d’accord avec la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Shah*, précité, à la p. 239, qu’une décision en vertu du par. 114(2) «relève entièrement [du] jugement et [du] pouvoir discrétionnaire» (je souligne). Le libellé du par. 114(2) et du règlement montre que le pouvoir discrétionnaire conféré est assorti de limites. Bien que je sois d’accord avec la Cour d’appel que la Loi ne donne au demandeur aucun droit à un résultat précis ou à l’application d’un critère juridique particulier, et que la doctrine de l’attente légitime ne commande pas un résultat conforme au libellé d’instruments internationaux, la décision doit être prise suivant une démarche qui respecte les valeurs humanitaires. Par conséquent, l’attention et la sensibilité à l’importance des droits des enfants, de leur intérêt supérieur, et de l’épreuve qui pourrait leur être infligée par une décision défavorable sont essentielles pour qu’une décision d’ordre humanitaire soit raisonnable. Même s’il faut faire preuve de retenue dans le contrôle judiciaire de décisions rendues par les agents d’immigration en vertu du par. 114(2), ces décisions ne doivent pas être maintenues quand elles résultent d’une démarche ou sont elles-mêmes en

selves reflect this approach. However, the decision here was inconsistent with it.

75 The certified question asks whether the best interests of children must be a primary consideration when assessing an applicant under s. 114(2) and the Regulations. The principles discussed above indicate that, for the exercise of the discretion to fall within the standard of reasonableness, the decision-maker should consider children's best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them. That is not to say that children's best interests must always outweigh other considerations, or that there will not be other reasons for denying an H & C claim even when children's interests are given this consideration. However, where the interests of children are minimized, in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition and the Minister's guidelines, the decision will be unreasonable.

#### E. *Conclusions and Disposition*

76 Therefore, both because there was a violation of the principles of procedural fairness owing to a reasonable apprehension of bias, and because the exercise of the H & C discretion was unreasonable, I would allow this appeal.

77 The appellant requested that solicitor-client costs be awarded to her if she were successful in her appeal. The majority of this Court held as follows in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134:

Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties.

There has been no such conduct on the part of the Minister shown during this litigation, and I do not believe that this is one of the exceptional cases where solicitor-client costs should be awarded. I would allow the appeal, and set aside the decision of Officer Caden of April 18, 1994, with party-

conflit avec des valeurs humanitaires. Les directives du ministre elles-mêmes soutiennent cette approche. Toutefois, la décision en l'espèce était incompatible avec cette approche.

La question certifiée demande s'il faut considérer l'intérêt supérieur des enfants comme une considération primordiale dans l'examen du cas d'un demandeur sous le régime du par. 114(2) et du règlement. Les principes susmentionnés montrent que, pour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire respecte la norme du caractère raisonnable, le décideur devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants l'emportera toujours sur d'autres considérations, ni qu'il n'y aura pas d'autres raisons de rejeter une demande d'ordre humanitaire même en tenant compte de l'intérêt des enfants. Toutefois, quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable.

#### E. *Conclusions et dispositif*

En conséquence, parce qu'il y a eu manquement aux principes d'équité procédurale en raison d'une crainte raisonnable de partialité, et parce que l'exercice du pouvoir en matière humanitaire était déraisonnable, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi.

L'appelante a demandé que lui soient adjugés les dépens comme entre procureur et client si elle avait gain de cause dans son pourvoi. Notre Cour a conclu à la majorité dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 134:

Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties.

Il n'a pas été démontré que le ministre a eu une telle conduite au cours du présent litige, et je ne crois pas qu'il s'agisse d'un des cas exceptionnels où les dépens devraient être adjugés comme entre procureur et client. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, et d'annuler la décision de l'agent Caden

and-party costs throughout. The matter will be returned to the Minister for redetermination by a different immigration officer.

The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. — I agree with L'Heureux-Dubé J.'s reasons and disposition of this appeal, except to the extent that my colleague addresses the effect of international law on the exercise of ministerial discretion pursuant to s. 114(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2. The certified question at issue in this appeal concerns whether federal immigration authorities must treat the best interests of the child as a primary consideration in assessing an application for humanitarian and compassionate consideration under s. 114(2) of the Act, given that the legislation does not implement the provisions contained in the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, a multi-lateral convention to which Canada is party. In my opinion, the certified question should be answered in the negative.

It is a matter of well-settled law that an international convention ratified by the executive branch of government is of no force or effect within the Canadian legal system until such time as its provisions have been incorporated into domestic law by way of implementing legislation: *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141. I do not agree with the approach adopted by my colleague, wherein reference is made to the underlying values of an unimplemented international treaty in the course of the contextual approach to statutory interpretation and administrative law, because such an approach is not in accordance with the Court's jurisprudence concerning the status of international law within the domestic legal system.

In my view, one should proceed with caution in deciding matters of this nature, lest we adversely affect the balance maintained by our Parliamentary tradition, or inadvertently grant the executive the

en date du 18 avril 1994, avec les dépens entre parties dans toutes les cours. L'affaire sera renvoyée au ministre pour qu'un agent d'immigration différent rende une nouvelle décision.

Version française des motifs des juges Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Je souscris aux motifs du juge L'Heureux-Dubé et au dispositif qu'elle propose dans le présent pourvoi, sauf pour la question de l'effet du droit international sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par le par. 114(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2. La question certifiée en l'espèce vise à déterminer si les autorités d'immigration fédérales doivent traiter l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans l'examen d'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire en vertu du par. 114(2) de la Loi, alors que cette loi ne donne pas effet aux dispositions de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, une convention multilatérale dont le Canada est signataire. À mon avis, la question certifiée devrait recevoir une réponse négative.

Il est bien établi qu'une convention internationale ratifiée par le pouvoir exécutif n'a aucun effet en droit canadien tant que ses dispositions ne sont pas incorporées dans le droit interne par une loi les rendant applicables: *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141. Je ne suis pas d'accord avec l'analyse de ma collègue lorsqu'elle se réfère aux valeurs sous-jacentes à un traité international non-applicable dans une approche contextuelle de l'interprétation des lois et du droit administratif, parce qu'une telle approche n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour sur la question du statut du droit international dans le système juridique interne.

À mon avis, il faut aborder avec prudence des décisions de ce genre, sous peine de rompre l'équilibre établi par notre tradition parlementaire ou de conférer par inadvertance à l'exécutif le pouvoir de

78

79

80

power to bind citizens without the necessity of involving the legislative branch. I do not share my colleague's confidence that the Court's precedent in *Capital Cities*, *supra*, survives intact following the adoption of a principle of law which permits reference to an unincorporated convention during the process of statutory interpretation. Instead, the result will be that the appellant is able to achieve indirectly what cannot be achieved directly, namely, to give force and effect within the domestic legal system to international obligations undertaken by the executive alone that have yet to be subject to the democratic will of Parliament.

81

The primacy accorded to the rights of children in the Convention, assuming for the sake of argument that the factual circumstances of this appeal are included within the scope of the relevant provisions, is irrelevant unless and until such provisions are the subject of legislation enacted by Parliament. In answering the certified question in the negative, I am mindful that the result may well have been different had my colleague concluded that the appellant's claim fell within the ambit of rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Had this been the case, the Court would have had an opportunity to consider the application of the interpretive presumption, established by the Court's decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and confirmed in subsequent jurisprudence, that administrative discretion involving *Charter* rights be exercised in accordance with similar international human rights norms.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Roger Rowe and Rocco Galati, North York.*

*Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Defence for Children International-Canada, and*

lier les administrés sans la participation du pouvoir législatif. Je ne partage pas la certitude de ma collègue que le précédent établi par notre Cour dans *Capital Cities*, précité, peut survivre intact après l'adoption d'un principe de droit qui autorise le recours, dans le processus d'interprétation des lois, aux dispositions d'une convention qui n'a pas été intégrée dans la législation. Au lieu de cela, le résultat sera que l'appelante pourra parvenir indirectement à ce qu'elle ne peut faire directement, c'est-à-dire donner effet dans le système juridique interne à des obligations internationales assumées par le pouvoir exécutif seul et qui n'ont pas encore été soumises à la volonté démocratique du Parlement.

La primauté donnée aux droits des enfants dans la Convention — à supposer pour les fins de la discussion que les faits du pourvoi ressortissent aux dispositions pertinentes — est sans effet tant et aussi longtemps que ces dispositions n'ont pas été incorporées par une loi adoptée par le Parlement. En donnant une réponse négative à la question certifiée, je suis conscient du fait que le résultat aurait pu être différent si ma collègue avait conclu que la demande de l'appelante relevait de l'application des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si cela avait été le cas, la Cour aurait eu la possibilité d'envisager l'application de la présomption interprétative établie par notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et confirmée dans la jurisprudence qui a suivi, selon laquelle le pouvoir administratif discrétionnaire touchant des droits garantis par la *Charte* doit être exercé en conformité avec des normes internationales similaires en matière de droits de la personne.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Roger Rowe et Rocco Galati, North York.*

*Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureur des intervenants la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, la Défense des enfants-International-Canada et le*

*the Canadian Council for Refugees: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Council of Churches: Jackman and Associates, Toronto.*

*Conseil canadien pour les réfugiés: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des églises: Jackman and Associates, Toronto.*

**Theodore Clifford Best** *Appellant*

v.

**Marlene Shirley Best** *Respondent*

INDEXED AS: BEST v. BEST

File No.: 26345.

1999: February 17; 1999: July 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Family law — Equal division of net family property — Defined benefit pension — Actuarial methods of valuing pension resulting in widely differing values — Whether termination pro rata or termination value-added method better accords with the Family Law Act — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, Preamble, ss. 4, 5, 9.*

This appeal dealt with the treatment of pensions in the division of property on divorce, especially the appropriate technique for determining the value of the appellant's pension. The parties separated after 12.08 years of marriage. The appellant had contributed to his pension plan for 20.52 years before marriage and the benefits were vested. He was still working at the time of trial. The pension plan was a defined benefit plan, meaning that the annual pension benefit paid upon retirement is calculated according to a fixed formula: 2 percent of the average of the retiree's five highest annual salaries, multiplied by the total number of years of service prior to retirement. Also at issue were the determination of the appellant's likely date of retirement for purposes of determining pension value during the marriage, whether part of the appellant's equalization obligation could be settled "if and when" he received the pension, whether

**Theodore Clifford Best** *Appellant*

c.

**Marlene Shirley Best** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BEST c. BEST

N° du greffe: 26345.

1999: 17 février; 1999: 9 juillet.

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

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

*Droit de la famille — Partage égal des biens familiaux nets — Pensions à prestations déterminées — Méthodes actuarielles de détermination de la valeur de la pension donnant des résultats très différents — Laquelle de la méthode au prorata ou de la méthode de la valeur ajoutée s'accorde le mieux avec la Loi sur le droit de la famille? — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, art. 4, 5, 9.*

Le présent pourvoi concernait le traitement des pensions de retraite dans le cadre du partage des biens en cas de divorce et, plus particulièrement, la technique appropriée pour déterminer la valeur de la pension de l'appelant. Les parties se sont séparées après 12,08 années de mariage. L'appelant avait cotisé à un régime de retraite pendant 20,52 années avant le mariage et acquis le droit aux prestations de retraite. Il travaillait toujours quand le procès a eu lieu. Le régime de retraite de l'appelant était un régime à prestations déterminées, c'est-à-dire un régime dans lequel la prestation de retraite annuelle versée aux retraités est calculée selon une formule fixe: l'appelant avait droit à une rente annuelle égale à 2 p. 100 de la moyenne de ses cinq années les mieux rémunérées, multipliée par le nombre total d'années de service accumulées avant la retraite. Il s'agissait également de déterminer la date à laquelle l'appelant prendrait vraisemblablement sa retraite aux fins du calcul de la valeur de la pension durant le mariage, de décider si l'appelant pouvait s'acquitter d'une partie de son obligation d'égalisation sur une base «conditionnelle» en ne versant à l'intimée sa part de la pension que lorsqu'il la recevrait, si tant est qu'il la recevait, de décider si son obligation alimentaire à l'endroit de son ex-conjointe aurait dû prendre fin à la date

his spousal support obligation should have been terminated on retirement, and costs.

In valuing the pension, both sides agreed to use a “termination” method, meaning that the pension’s value at separation was calculated by assuming that the appellant stopped working on the date of separation. Different actuarial methods were put forward for valuation of the amount of the pension to be attributed to the marriage period. The termination value-added method, which was advanced by the respondent, determines the pension’s present value at the date of marriage and again at the date of separation; the value accrued during the marriage is then determined by deducting the first value from the second. The termination *pro rata* method advanced by the appellant first calculates the present value of the pension benefit accrued on the date of separation. Second, the pension’s value on the date of marriage is determined by multiplying this pension value by the ratio of the number of years of pensionable service prior to the marriage divided by the total pensionable service up to separation. The amount attributable to the marriage is the difference between the value on the date of separation and the value on the date of marriage.

The dispute over valuation methods arose when the parties’ actuaries sought to determine the pension’s value as of the date of marriage. The value at marriage was higher under the *pro rata* method than it was under the value-added method. As a result, the amount attributable to marriage — the difference between the value at separation and the value at marriage — was accordingly smaller under the *pro rata* method. The trial judge and the Court of Appeal both found in the respondent’s favour and used the value-added method.

In valuing the pension, the trial judge had to make an assumption about the likely date on which the appellant would have retired, taken from the perspective of the date of separation. The trial judge disregarded the fact that the appellant was still working at the time of trial and decided that, from the perspective of the time of

de son départ à la retraite, et, enfin, de statuer sur la question des dépens.

Pour déterminer la valeur de la pension, les deux parties ont convenu d’utiliser la méthode «de la cessation d’emploi»; on a donc calculé la valeur de la pension de l’appelant au moment de la séparation en présumant que ce dernier avait cessé de travailler à cette date. Différentes méthodes actuarielles ont été proposées pour déterminer la partie de la valeur de la pension devant être attribuée à la période du mariage. L’intimée a proposé d’utiliser la méthode de la valeur ajoutée à la cessation d’emploi, suivant laquelle la valeur actualiste de la pension de retraite est déterminée d’abord à la date du mariage, puis à la date de la séparation; on calcule ensuite l’augmentation de la valeur de la pension durant le mariage en retranchant la première valeur de la deuxième. Selon la méthode au prorata à la cessation d’emploi proposée par l’appelant, on calcule d’abord la valeur actualisée de la pension de retraite accumulée à la date de la séparation. On calcule ensuite la valeur de la pension de retraite à la date du mariage en multipliant la valeur à la date de la séparation par une fraction égale au nombre d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant le mariage divisé par le nombre total d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant la séparation. La valeur attribuable aux années de mariage est la différence entre la valeur de la pension de retraite à la date de la séparation et sa valeur à la date du mariage.

C’est lorsque les actuaires des parties ont voulu déterminer la valeur de la pension à la date du mariage qu’est né le désaccord au sujet des méthodes d’évaluation. La valeur de la pension à la date du mariage déterminée en application de la méthode au prorata était supérieure à celle qui résultait de la méthode de la valeur ajoutée. Par conséquent, la valeur de la pension de retraite attribuable aux années de mariage — soit la différence entre la valeur à la date de la séparation et la valeur à la date du mariage — était inférieure lorsqu’on appliquait la méthode au prorata. Le juge de première instance et la Cour d’appel ont tous les deux tranché l’affaire en faveur de l’intimée et utilisé la méthode de la valeur ajoutée.

Pour déterminer la valeur de la pension, le juge de première instance a dû faire une hypothèse concernant la date à laquelle l’appelant prendrait vraisemblablement sa retraite, en considérant la question à la date de la séparation. Faisant abstraction du fait que l’appelant travaillait encore à la date du jugement, le juge de première

separation, the appellant would have retired when eligible for early retirement.

The trial judge ordered that the appellant could satisfy his equalization obligation in monthly instalments over 10 years. He rejected the appellant's request that part of the equalization be paid "if and when" the pension was received. The trial judge also ordered monthly spousal support payments of \$2500. The trial judge awarded the respondent a portion of her costs. The Court of Appeal upheld these conclusions and awarded costs on the appeal to the respondent.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting in part): The appeal should be allowed on the issues of the valuation method and costs and dismissed in all other aspects.

*Per* Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: Generally speaking, the *pro rata* method yields a valuation of a defined benefit pension that is fairer than the valuation produced by the value-added method.

The parties agreed it would be assumed that the appellant stopped working on the date of separation (the termination method). The pension's value on the date of separation is determined by calculating the benefit earned under the pension's benefit formula and then the amount that, if invested on the date of separation, would provide that income stream starting at the assumed retirement date. This calculation, also known as "discounting" the pension's value back to the separation date, requires the use of certain assumptions, such as the date of retirement to determine the length of the discounting period, the employee's longevity and a discounting rate to reflect the effects of inflation and investment return. The parties agreed in principle on the pension's value on the date of separation.

Under the *Family Law Act*, the value of assets owned prior to the marriage must be excluded from the equalization of assets. The parties disagreed as to the proper method to value the pension as of the date of marriage. Under the *pro rata* method, the pension is described as increasing in value at a constant rate over time; under the value-added method, the pension is described as

instance a conclu, considérant cette question à la date de la séparation, que l'appellant aurait pris sa retraite lorsqu'il aurait été admissible à une retraite anticipée.

Dans son ordonnance, le juge de première instance a indiqué que l'appellant pouvait s'acquitter de son obligation d'égalisation sous forme de mensualités échelonnées sur une période de 10 ans. Il a refusé d'autoriser l'appellant à s'acquitter d'une partie de son obligation d'égalisation sur une base «conditionnelle», c'est-à-dire en ne versant à l'intimée sa part de la pension de retraite que lorsqu'il la recevrait, si tant est qu'il la recevait. Le juge de première instance a également ordonné à l'appellant de verser à l'intimée une pension alimentaire de 2 500 \$ par mois. Il a accordé à l'intimée une partie de ses dépens. La Cour d'appel a confirmé ces conclusions et accordé à l'intimée les dépens en appel.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé dissidente en partie): Le pourvoi est accueilli relativement aux questions de la méthode d'évaluation et des dépens et rejeté à tous les autres égards.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: De façon générale, la méthode au prorata produit une évaluation plus équitable d'une pension à prestations déterminées que la méthode de la valeur ajoutée.

Les parties ont convenu de présumer que l'appellant avait cessé de travailler à la date de la séparation (la méthode de la cessation d'emploi). On détermine la valeur de la pension à la date de la séparation en calculant la prestation accumulée au moyen de la formule de calcul de la prestation, et on calcule ensuite la somme qui, investie à la date de la séparation, produirait le même flux de revenu que la pension à partir de la date présumée du départ à la retraite. Ce calcul, également appelé «actualisation» de la valeur de la prestation de retraite à la date de la séparation, exige l'application de certaines hypothèses, notamment en ce qui concerne la date présumée du départ à la retraite afin de déterminer la durée de la période d'actualisation, la longévité présumée de l'employé, et un taux d'actualisation tenant compte des effets de l'inflation et du rendement du capital investi. Les parties ont convenu en principe de la valeur de la pension de retraite à la date de la séparation.

En vertu de la *Loi sur le droit de la famille*, la valeur des biens possédés avant le mariage doit être exclue du processus d'égalisation des biens. Les parties ne se sont pas entendues sur la méthode qu'il convenait d'appliquer pour déterminer la valeur de la pension de retraite à la date du mariage. Selon la méthode au prorata, la valeur de la pension augmente à un rythme constant au

increasing slowly at first and more quickly later according to the effects of compounding. At any point in time, the *pro rata* method will assign a higher value to the pension than the value-added method. If, as here, the employee accumulated pensionable service prior to marriage, the pension's value on the date of marriage will differ widely depending on which method is used. Both methods are recognized as acceptable from an actuarial point of view.

Unfortunately, the *Family Law Act* does not specify which method is to be used. The only guidance is s. 4(1) of the *Family Law Act*, which provides that the court must calculate each spouse's "net family property", which is defined as the value of all assets owned by each spouse on the date of separation less the value of all assets owned on the date of marriage. The *Family Law Act* does not prescribe how the value of any particular asset is to be determined. Consequently, a present-value calculation, as used by the value-added method, is not necessarily to be preferred over any other method. The words "calculated as of the date of the marriage" in s. 4(1) do not reflect a legislative choice of one actuarial method over another but rather address the more basic issue that a spouse cannot exclude an asset from his or her net family property simply because it was owned before the marriage. Further, s. 4(1) does not provide that the value at marriage cannot be mathematically derived from the value at separation.

The *Family Law Act* does not require that a defined benefit pension's value at marriage be calculated in the same way as the value of other types of assets; it only requires that net family property be calculated by subtracting the value of all assets at marriage from the value of all assets at separation. If proper consideration for the nature of a defined benefit pension requires a valuation method different from methods used for other assets, the *Family Law Act* does not preclude it. Absent clear legislative direction, the *pro rata* method, which enjoys the *imprimatur* of the actuarial profession, should be considered. The general purpose of matrimonial property statutes is to divide marital assets as equitably as possible. The legislative silence as to any preference between value-added or *pro rata* method means that the defined

fil des années; suivant la méthode de la valeur ajoutée, la valeur de la pension augmente lentement au départ puis plus rapidement par la suite en raison des effets de la capitalisation. À tout moment, la méthode au prorata attribuée à la pension une valeur supérieure à celle que lui attribue la méthode de la valeur ajoutée. Dans les cas où, comme en l'espèce, l'employé a accumulé de nombreuses années de service ouvrant droit à pension avant le mariage, la valeur de la pension de retraite à la date du mariage variera de façon considérable selon la méthode utilisée. Les deux méthodes sont considérées acceptables du point de vue actuariel.

Malheureusement, la *Loi sur le droit de la famille* ne précise pas quelle est la méthode qui doit être utilisée. Les seules indications à cet égard figurent au par. 4(1) de la *Loi sur le droit de la famille*, qui intime aux tribunaux de calculer la valeur des «biens familiaux nets» de chaque conjoint, expression qui est définie comme la valeur de tous les biens dont chaque conjoint est propriétaire à la date de la séparation moins la valeur de tous les biens dont chacun était propriétaire à la date du mariage. La *Loi sur le droit de la famille* ne prescrit pas la façon de calculer la valeur de quelque bien en particulier. Par conséquent, il ne faut pas nécessairement privilégier un calcul fondé sur la valeur actualisée, comme celui utilisé dans le cadre de la méthode de la valeur ajoutée, au détriment de toute autre méthode. Les mots «calculée à la date du mariage» figurant au par. 4(1) n'expriment pas la préférence du législateur pour une méthode actuarielle d'évaluation des pensions plutôt qu'une autre; ils touchent plutôt le point plus fondamental qu'un conjoint ne peut exclure un bien de ses biens nets familiaux pour la seule raison qu'il en était propriétaire avant le mariage. En outre, le par. 4(1) ne précise pas que la valeur à la date du mariage ne peut pas être dérivée mathématiquement de la valeur à la date de la séparation.

La *Loi sur le droit de la famille* n'exige pas que la valeur à la date du mariage d'une pension à prestations déterminées soit calculée de la même façon que la valeur d'autres types de biens; elle exige simplement que la valeur des biens familiaux nets soit calculée en soustrayant la valeur des biens à la date du mariage de leur valeur à la date de la séparation. S'il ressort de l'examen approprié de la nature d'une pension à prestations déterminées que l'utilisation d'une méthode d'évaluation différente des méthodes utilisées pour calculer la valeur d'autres biens est nécessaire, la *Loi sur le droit de la famille* n'interdit pas d'utiliser une telle méthode. En l'absence de directives claires du législateur, la méthode au prorata, qui jouit de l'aval de la profession actuarielle, doit être prise en considération. L'objectif général

benefit pension must be valued according to the method that values the pension most equitably.

The Court should choose the valuation method that most nearly describes how the defined benefit pension's value varied over time, with proper regard for the nature of the asset itself. Unlike an interest in a defined contribution plan, the ultimate annualized benefit paid under a defined benefit plan is unrelated to the size of contributions or rate of return on investment. It is far from self-evident that the increase in value of an interest in a defined benefit pension plan should be modelled after the increase in value in an investment asset. Treating a defined benefit pension as gaining value in that way constitutes a major weakness of the value-added method.

The respondent's arguments favouring the value-added method are also problematic. A subjective feeling that the promise of a pension takes on greater importance as an employee approaches retirement does not translate into an objective increase in value that should be reflected in an equalization calculation. Further, the value-added method does not take into account the decreasing value of the dollar owing to inflation. The 1976 dollar at marriage is worth more than the inflated 1988 dollar at separation and yet is subtracted directly from the inflated dollar at separation, meaning that all inflation on the pension's total value is treated as a "gain" in value during the marriage. In addition, the value-added method as it was applied in this case used different assumed retirement dates for valuing the pension at marriage and at separation.

The *pro rata* method better reflects the nature of a defined benefit pension by averaging the pension's present value over each year of service. The true value of the defined benefit plan — namely, the benefit itself — increases at a constant (or arithmetic) rate with the passage of time, not along a growth curve (or geometric

des lois sur les biens matrimoniaux est de répartir ces biens le plus équitablement possible. Le fait que la loi n'indique aucune préférence pour la méthode de la valeur ajoutée par rapport à la méthode au prorata, ou vice-versa, signifie que le calcul de la valeur de la pension à prestations déterminées doit être fait au moyen de la méthode qui l'évalue le plus équitablement possible.

La Cour doit choisir la méthode d'évaluation qui décrit le plus exactement la façon dont la valeur de la pension à prestations déterminées a évolué au fil des ans, en tenant dûment compte de la nature du bien lui-même. Contrairement à un intérêt dans un régime à cotisations déterminées, la prestation annualisée versée en bout de ligne à un employé dans le cadre d'un régime à prestations déterminées n'est pas liée au montant des cotisations ou au taux de rendement du capital investi. Il est loin de tomber sous le sens que l'augmentation de valeur d'un intérêt dans un régime de retraite à prestations déterminées devrait être mesurée de la même façon que l'augmentation de valeur d'un placement. Le fait qu'elle considère que la valeur d'un régime de retraite à prestations déterminées augmente ainsi constitue une lacune importante de la méthode de la valeur ajoutée.

Les arguments présentés par l'intimée au soutien de la méthode de la valeur ajoutée posent également problème. Une impression subjective que la promesse d'une pension revêt une importance plus grande à mesure que l'employé approche de l'âge de la retraite ne se traduit pas par une augmentation objective de valeur qui doit se refléter dans le calcul d'égalisation. En outre, la méthode de la valeur ajoutée ne tient pas compte de la valeur décroissante du dollar en raison de l'inflation. Bien que le dollar de 1976, année du mariage, vaille davantage que le dollar courant de 1988, année de la séparation, il est néanmoins retranché directement du dollar courant à la séparation, ce qui signifie que l'effet de l'inflation sur la valeur totale de la pension est traité comme une «plus-value» survenue pendant la durée du mariage. De plus, un autre problème qui caractérise la manière dont la méthode de la valeur ajoutée a été utilisée dans le cas qui nous occupe est le fait qu'on se soit servi d'hypothèses différentes quant à l'âge du départ à la retraite pour calculer la valeur de la pension à la date du mariage et à la date de la séparation.

La méthode au prorata reflète mieux la nature d'une pension à prestations déterminées en répartissant la valeur actualisée de la pension sur chaque année de service. La valeur véritable du régime de retraite à prestations déterminées — c'est-à-dire la prestation elle-même — augmente à un taux constant (ou taux arithmé-

rate). The *pro rata* method accurately takes account of the pension's nature as a future asset, instead of misleadingly treating it as a present asset with a lump sum value that increases at the rates of inflation and return on risk-free investments. It also reflects the fact that, in a "best earnings" defined benefit pension, the effect of a salary increase is not limited to the particular year in which it occurs, but extends over the entire period of service. Further, the *pro rata* method involves less speculation than the value-added method: it requires only one discounting calculation and also does not artificially ignore relevant information available at separation in determining the value on the date of marriage.

Although the value-added method could be reformed to address these concerns, the *pro rata* method generally values defined benefit pensions more equitably under the *Family Law Act*. Note, however, that the possibility of using a retirement method (as opposed to a termination method) of valuation remains open, although it might be at odds with the present wording of the *Family Law Act*.

The many issues raised by pension valuation in equalization calculations are complex and deserve legislative attention. Until the legislature addresses this area in an amendment to the *Family Law Act*, the parties will have to reach agreement on a proper valuation method or, as in this case, refer the dispute to the courts.

The second issue in this case concerns the assumed retirement age that the court used in valuing the pension. Retirement age is crucial to valuation because it determines the length of the discounting period and the length of time that the pension is paid out. Under a termination method, post-separation evidence should not be used in determining a likely retirement date unless the evidence reflects facts that were within the employee spouse's contemplation at the time of separation. The presence of an early retirement provision will almost always be relevant to the choice of a likely retirement age. The trial judge's conclusion was not unreasonable in light of the evidence prior to separation. It was not unfair to take the facts as frozen as of the date of separa-

tique) à mesure que le temps passe, et non pas suivant une courbe de croissance (ou taux géométrique). La méthode au prorata rend compte fidèlement de la nature de la pension en tant qu'élément d'actif futur, au lieu de la considérer à tort comme un élément d'actif courant, auquel on peut attribuer une valeur globale qui augmente en fonction du taux d'inflation et du taux de rendement de placements sans risque. Elle reflète également le fait que l'effet d'une hausse de salaire dans un régime de pension à prestations déterminées «salaire maximal moyen» ne se limite pas à l'année particulière au cours de laquelle cette hausse est accordée, mais se fait également sentir pendant toute la durée du service. De plus, la méthode au prorata est moins conjecturale que la méthode de la valeur ajoutée: elle ne requiert qu'un seul calcul d'actualisation et, en outre, ne fait pas artificiellement abstraction des renseignements pertinents qui sont connus à la date de la séparation pour déterminer la valeur à la date du mariage.

Bien que la méthode de la valeur ajoutée puisse être modifiée pour tenir compte de ces inquiétudes, la méthode au prorata produit généralement une évaluation plus équitable des pensions à prestations déterminées dans le cadre de la *Loi sur le droit de la famille*. Il faut signaler, cependant, qu'il demeure possible de recourir à la méthode de la retraite (par opposition à la méthode de la cessation d'emploi), bien que l'utilisation de cette méthode pourrait être incompatible avec le texte actuel de la *Loi sur le droit de la famille*.

Les nombreuses questions que soulève l'évaluation des pensions dans les calculs d'égalisation sont complexes et elles méritent l'attention du législateur. En attendant que le législateur règle ce problème en modifiant la *Loi sur le droit de la famille*, les intéressés devront s'entendre sur la méthode d'évaluation qu'il convient d'appliquer ou, comme en l'espèce, soumettre le litige aux tribunaux.

La deuxième question litigieuse que soulève la présente affaire est l'hypothèse relative à l'âge du départ à la retraite que le tribunal a utilisée pour évaluer la valeur de la pension de retraite. L'âge du départ à la retraite est crucial pour l'évaluation parce qu'il détermine à la fois la durée de la période d'actualisation et la durée de la pension. Dans l'application de la méthode de la cessation d'emploi, la preuve postérieure à la séparation ne devrait pas être utilisée pour fixer la date probable de la retraite, à moins que cette preuve ne révèle des faits qu'envisageait le conjoint participant au moment de la séparation. L'existence d'une clause de retraite anticipée sera presque toujours pertinente quant au choix de l'âge probable du départ à la retraite. La conclusion du juge

tion, thereby disregarding evidence available after separation but before trial, such as the fact that the appellant continued to work past the assumed retirement date.

The trial judge's decision to allow the appellant to settle his equalization obligation with instalment payments over 10 years was within his discretion and deserves deference because the choice of method for settlement is highly contextual and fact-based. An "if and when" payment scheme, under which the appellant would pay a share of the pension benefits if and when received, should not be declared to be the default rule for equalization payments involving pensions. Although an "if and when" scheme has clear advantages where the difference in net family properties is owing to the capitalized value of a pension — in particular, it avoids exposing the pension-holder to the hardship of having to pay a lump sum immediately — its disadvantages include a continued financial link between the spouses and a difficulty in determining the appropriate share to be paid over. Furthermore, the total amount paid is indeterminate and can result in over- or underpayment, depending on the pension-holder's life span; in this respect, an "if and when" settlement method effectively renders valuation of the pension unnecessary. This is inconsistent with the appellant's principal position in this case and may conflict with the *Family Law Act* because it effectively employs a "deferred" retirement method of valuation.

The trial judge did not include the future pension benefits as "income" in determining the appellant's ability to pay spousal support. There was therefore no need to decide the issue of "double dipping", i.e., whether a pension, once equalized as property, can also be treated as income from which the pension-holding spouse can make support payments. There was also no error in valuing the pension as though the appellant terminated

de première instance n'était pas déraisonnable à la lumière de la preuve qui existait avant la séparation. Il n'était pas injuste de s'en tenir aux faits tels qu'ils existaient à la date de la séparation et d'omettre ainsi de tenir compte de la preuve qui existait après la séparation mais avant le procès, par exemple le fait que l'appellant ait continué de travailler après la date présumée du départ à la retraite.

Le juge de première instance n'a pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire en permettant à l'appellant de s'acquitter de son obligation d'égalisation sous forme de versements échelonnés sur une période de 10 ans, et il convient de faire montre de retenue envers cette décision étant donné que le choix de la méthode d'exécution de l'obligation d'égalisation est en grande partie tributaire du contexte et des faits. Un régime de paiement «conditionnel», en vertu duquel l'appellant verserait à l'intimée une partie des prestations de retraite seulement lorsqu'il les recevrait, si tant est qu'il les reçoit, ne doit pas être considéré comme la règle générale en matière de paiements d'égalisation dans les cas où une pension est en cause. Bien qu'un régime de paiement «conditionnel» comporte des avantages manifestes lorsqu'une part importante de la différence entre la valeur des biens familiaux nets des parties est attribuable à la valeur capitalisée d'une pension — en particulier qu'il évite d'exposer le conjoint participant au préjudice que constituerait le fait de devoir payer immédiatement une somme forfaitaire —, un tel régime présente aussi des inconvénients, notamment le maintien de l'association financière des ex-conjoints et la difficulté que soulève la détermination de la part appropriée de chaque prestation de retraite à verser au conjoint non participant. En outre, la somme totale à verser est indéterminée et il peut y avoir soit paiement excédentaire soit paiement insuffisant, selon la longévité du conjoint participant. À cet égard, le recours à un régime de règlement «conditionnel» fait en sorte qu'il est effectivement inutile de déterminer la valeur de la pension de retraite. Ce régime est incompatible avec l'argument principal de l'appellant en l'espèce et pourrait soulever un problème d'incompatibilité avec la *Loi sur le droit de la famille* puisqu'il repose effectivement sur une méthode d'évaluation «différée» à la retraite.

Le juge de première instance n'a pas considéré les prestations de retraite à venir comme un «revenu» afin de déterminer la capacité de l'appellant de verser une pension alimentaire. Il n'était donc pas nécessaire de trancher la question de la «double ponction», c.-à-d. la question de savoir si une pension qui a servi comme bien aux fins du calcul d'égalisation peut également être considérée comme un revenu aux fins du paiement de la

employment in 1988, even though in determining spousal support, the trial judge recognized that the appellant was still employed in 1993. The agreement to use the termination method justified disregarding post-separation evidence for the narrow issue of pension valuation. Given that the amount of spousal support was linked to the appellant's salary, that order might now be variable on the basis of a change in circumstances.

The parties were to bear their own costs in all courts.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part):* While the actuarial profession may accept both the value-added and *pro rata* valuation methods, the choice of which method ought to be used for family law purposes remains a legal matter, and therefore, a matter of compliance with the applicable legislation. The reasons of both the trial judge and the Court of Appeal found the value-added method was more consistent with the Act, produced a fairer value and found no justification for using a different valuation method because the asset was different. These reasons were adopted.

The criteria set out in the Act are not satisfied by both methods, and even if they were, the courts must go further to determine the method which best accords with the Act. Only the value-added method captures the letter and spirit of s. 4(1) of the *Family Law Act*. While the general purpose of the Act is to effect the adjustment of property in an equitable manner, the specific purpose of the valuation of the pension is to determine the increase in value of the assets during marriage. The legislature developed a scheme for apportionment and the Court is merely to use the valuation method which best determines the increase in value of the pension for the marriage partners. As the primary consideration of courts must be to abide by the legislation, particularly an enabling statute, there was no reason for the Court to depart from the clear and unambiguous wording of the statute and the assumption that the legislature intended to say exactly what is written. The Act quite simply stipulates that the value of the asset is to be determined by subtracting one specific value from another, with those values being determined as of the close of that particular business day. It directs that the courts must go beyond a simple analysis of the annualized benefit to be paid and use a method which values the pension according to

pension alimentaire par le conjoint participant. De plus, le fait d'évaluer la pension en considérant que l'appelant avait cessé de travailler en 1988 n'a pas constitué une erreur, même si, dans la fixation de la pension alimentaire, le juge de première instance a reconnu que l'appelant travaillait toujours en 1993. L'accord relatif à l'utilisation de la méthode de la cessation d'emploi justifiait de ne pas tenir compte de la preuve postérieure à la séparation pour la question limitée de l'évaluation de la pension de retraite. Compte tenu du fait que le montant de la pension alimentaire est tributaire du salaire de l'appelant, il semble que l'ordonnance pourrait être modifiée sur la base d'un changement de circonstances.

Les parties supporteront leurs propres dépens dans toutes les cours.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie):* Bien que la profession actuarielle accepte tant la méthode de la valeur ajoutée que la méthode au prorata, le choix de celle qui devrait être employée en droit de la famille est une question de droit et, par conséquent, une question de conformité avec la législation applicable. Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont conclu, dans leurs motifs, que la méthode de la valeur ajoutée était plus compatible avec la Loi et donnait une évaluation plus équitable, et que rien ne justifiait de recourir à une méthode différente parce que le bien en cause était d'une nature différente. Ces motifs ont été adoptés.

Les deux méthodes ne satisfont pas aux critères énoncés dans la Loi et, même si elles y satisfaisaient, les tribunaux doivent aller plus loin pour déterminer quelle est la méthode la plus conforme à la Loi. Seule la méthode de la valeur ajoutée respecte l'esprit et la lettre du par. 4(1) de la *Loi sur le droit de la famille*. Bien que l'objectif général de la Loi soit de pourvoir à la répartition équitable des biens, l'objectif précis de l'évaluation de la valeur de la pension de retraite est de déterminer l'augmentation de la valeur des biens survenue pendant le mariage. La législation a établi un régime permettant une telle répartition et la Cour est simplement tenue d'utiliser la méthode d'évaluation qui permet le mieux de déterminer l'augmentation de la valeur de la pension de retraite pour les conjoints. Comme le principal souci des tribunaux doit être de se conformer aux dispositions législatives, particulièrement aux lois habilitantes, il n'y a aucune raison en l'espèce pour laquelle notre Cour devrait s'écarter du texte clair et non ambigu de la Loi et déroger à la présomption que la législation avait l'intention de dire exactement ce qui est écrit. La Loi dispose tout simplement que la valeur du bien doit être déterminée en déduisant une valeur donnée d'une autre, le calcul de ces valeurs devant se faire à la fermeture des

both human and fiscal factors. If using the value-added method were to lead to hardship or an unconscionable result, a remedial provision is available under s. 5(6).

The analysis of fairness, being both orderly and equitable, should not be result-driven. What has, in some cases, been perceived as unfair, is instead the just result of the greater value ascribed to the later years of a pension than to those of the earlier years. It would be inequitable to deprive the respondent of her share of the good fortune that arose during the marriage. Three main reasons support the greater pension increase in value over the marriage years in this case. First, the time value of money makes the value of the pension greater the closer one gets to the actual commencement of benefit payments. Second, the majority of pension schemes calculate the annual benefit amount payable to the employee by some function of the highest years of salary. The value-added method will recognize this reality and the significance of those highest years falling within the period of the marriage. Thirdly, the early retirement provision (rule of 90) makes years of service later in a career more significant. Certain years of service later in a career will have the effect of not only decreasing the amount of time before the pension begins paying out, thus reducing the discounting effect, but also increasing the total number of years of payment and, therefore, the value of the benefit. The premise that all years which contribute to the pension must be of equal value is not only extraordinary but also totally unrealistic. Lastly, it would not be illogical for Parliament or the legislature, as a matter of policy, to choose a method of valuation which may be found to benefit the non-employee spouse when the couple is closer to retirement age. Parliament and the legislatures have repeatedly demonstrated their intent to protect those who may prove to be more vulnerable in our society by reason of growing older.

Costs would have been awarded to the respondent throughout.

bureaux à cette date. Elle prescrit que les tribunaux ne peuvent se contenter d'une simple analyse de la prestation annualisée qui sera versée et qu'ils doivent employer une méthode qui évalue la pension de retraite en fonction de facteurs d'ordre fiscal et humain. Si l'utilisation de la méthode de la valeur ajoutée devait entraîner un préjudice ou un résultat inadmissible, une mesure corrective pourrait être prise en vertu du par. 5(6).

L'analyse fondée sur l'équité, c'est-à-dire l'analyse de ce qui est ordonné et équitable, ne devrait pas être axée sur le résultat. Ce qui, dans certains cas, a été perçu comme inéquitable, est plutôt la juste conséquence de la valeur plus grande accordée aux dernières années de participation à un régime de pension de retraite plutôt qu'aux premières. Il serait inéquitable de priver l'intimée de sa part de la bonne fortune survenue au cours du mariage. Il existe trois raisons principales qui permettent de conclure que la valeur de la pension de retraite a augmenté de façon plus importante pendant le mariage en l'espèce. Premièrement, la valeur temporelle de l'argent augmente la valeur de la pension à mesure qu'on se rapproche de la date du début du paiement des prestations. Deuxièmement, dans la majorité des régimes de pension de retraite, la prestation de retraite annuelle payable à l'employé est calculée en appliquant un facteur tenant compte des années les mieux rémunérées. La méthode de la valeur ajoutée tient compte de cette réalité et, lorsque c'est le cas, de l'importance du fait que ces années sont survenues durant le mariage. Troisièmement, la disposition applicable en matière de retraite anticipée (la règle des 90) confère plus d'importance aux années de service en fin de carrière. Certaines années de service vers la fin de la carrière d'une personne ont pour effet non seulement de raccourcir le délai avant le début du paiement de la pension et ainsi de réduire les effets de l'actualisation, mais aussi d'augmenter le nombre total d'années de paiement de la pension et, par conséquent, l'avantage reçu. La prémisse selon laquelle toutes les années de cotisation au régime de pension doivent avoir une valeur égale est non seulement extraordinaire, mais également tout à fait irréaliste. Enfin, du point de vue des principes, il ne serait pas illogique de la part du Parlement ou de la législature de choisir une méthode d'évaluation qui pourrait avantager le conjoint non participant lorsque le couple approche l'âge de la retraite. Le Parlement et les législatures ont, à maintes reprises, manifesté leur intention de protéger les personnes susceptibles d'être plus vulnérables dans notre société en raison du fait qu'elles vieillissent.

Les dépens auraient été adjugés en faveur de l'intimée dans toutes les cours.

## Cases Cited

By Major J.

**Referred to:** *Kennedy v. Kennedy* (1996), 19 R.F.L. (4th) 454; *Bascello v. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342; *Christian v. Christian* (1991), 7 O.R. (3d) 441; *Chinneck v. Chinneck*, [1995] O.J. No. 2786 (QL); *Perrier v. Perrier* (1987), 12 R.F.L. (3d) 266; *Rawluk v. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704; *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70; *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Valenti v. Valenti* (1996), 21 R.F.L. (4th) 246; *Deane v. Deane* (1995), 14 R.F.L. (4th) 55; *Miller v. Miller* (1987), 8 R.F.L. (3d) 113; *Shafer v. Shafer* (1996), 25 R.F.L. (4th) 410; *Beaudoin v. Beaudoin*, [1997] O.J. No. 5504 (QL); *Patrick v. Patrick* (1997), 34 R.F.L. (4th) 228; *Spinney v. Spinney*, [1996] O.J. No. 1869 (QL); *Munro v. Munro*, [1995] O.J. No. 1769 (QL); *Rusticus v. Rusticus*, [1995] O.J. No. 516 (QL); *Ramsay v. Ramsay* (1994), 1 R.F.L. (4th) 447; *Humble v. Humble*, 805 S.W.2d 558 (1991); *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Knippshild v. Knippshild* (1995), 11 R.F.L. (4th) 36; *Rutherford v. Rutherford* (1980), 14 R.F.L. (2d) 41; *Gilmour v. Gilmour*, [1995] 3 W.W.R. 137; *Bourdeau v. Bourdeau*, [1993] O.J. No. 1751 (QL); *Rauf v. Rauf* (1992), 39 R.F.L. (3d) 63; *Porter v. Porter* (1986), 1 R.F.L. (3d) 12; *Moravcik v. Moravcik* (1983), 37 R.F.L. (2d) 102; *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225; *Marsham v. Marsham* (1987), 59 O.R. (2d) 609; *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 447; *Leeson v. Leeson* (1990), 26 R.F.L. (3d) 52; *Forster v. Forster* (1987), 11 R.F.L. (3d) 121; *Huisman v. Huisman* (1996), 21 R.F.L. (4th) 341; *Stevens v. Stevens* (1992), 41 R.F.L. (3d) 212; *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211; *Deroo v. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 86; *Hilderley v. Hilderley* (1989), 21 R.F.L. (3d) 383; *Radcliff v. Radcliff*, [1994] O.J. No. 2874 (QL); *Salib v. Cross* (1993), 15 O.R. (3d) 521; *Rickett v. Rickett* (1990), 72 O.R. (2d) 321; *Best v. Best* (1992), 41 R.F.L. (3d) 383; *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Butt v. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415; *Veres v. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447; *Nantais v. Nantais* (1995), 26 O.R. (3d) 453; *Rivers v. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90; *Flett v. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

*Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795; *Rawluk v. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

## Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêts mentionnés:** *Kennedy c. Kennedy* (1996), 19 R.F.L. (4th) 454; *Bascello c. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342; *Christian c. Christian* (1991), 7 O.R. (3d) 441; *Chinneck c. Chinneck*, [1995] O.J. No. 2786 (QL); *Perrier c. Perrier* (1987), 12 R.F.L. (3d) 266; *Rawluk c. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704; *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70; *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Valenti c. Valenti* (1996), 21 R.F.L. (4th) 246; *Deane c. Deane* (1995), 14 R.F.L. (4th) 55; *Miller c. Miller* (1987), 8 R.F.L. (3d) 113; *Shafer c. Shafer* (1996), 25 R.F.L. (4th) 410; *Beaudoin c. Beaudoin*, [1997] O.J. No. 5504 (QL); *Patrick c. Patrick* (1997), 34 R.F.L. (4th) 228; *Spinney c. Spinney*, [1996] O.J. No. 1869 (QL); *Munro c. Munro*, [1995] O.J. No. 1769 (QL); *Rusticus c. Rusticus*, [1995] O.J. No. 516 (QL); *Ramsay c. Ramsay* (1994), 1 R.F.L. (4th) 447; *Humble c. Humble*, 805 S.W.2d 558 (1991); *Hierlihy c. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142; *Knippshild c. Knippshild* (1995), 11 R.F.L. (4th) 36; *Rutherford c. Rutherford* (1980), 14 R.F.L. (2d) 41; *Gilmour c. Gilmour*, [1995] 3 W.W.R. 137; *Bourdeau c. Bourdeau*, [1993] O.J. No. 1751 (QL); *Rauf c. Rauf* (1992), 39 R.F.L. (3d) 63; *Porter c. Porter* (1986), 1 R.F.L. (3d) 12; *Moravcik c. Moravcik* (1983), 37 R.F.L. (2d) 102; *George c. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225; *Marsham c. Marsham* (1987), 59 O.R. (2d) 609; *Weaver c. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 447; *Leeson c. Leeson* (1990), 26 R.F.L. (3d) 52; *Forster c. Forster* (1987), 11 R.F.L. (3d) 121; *Huisman c. Huisman* (1996), 21 R.F.L. (4th) 341; *Stevens c. Stevens* (1992), 41 R.F.L. (3d) 212; *Alger c. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211; *Deroo c. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 86; *Hilderley c. Hilderley* (1989), 21 R.F.L. (3d) 383; *Radcliff c. Radcliff*, [1994] O.J. No. 2874 (QL); *Salib c. Cross* (1993), 15 O.R. (3d) 521; *Rickett c. Rickett* (1990), 72 O.R. (2d) 321; *Best c. Best* (1992), 41 R.F.L. (3d) 383; *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253; *Butt c. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415; *Veres c. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447; *Nantais c. Nantais* (1995), 26 O.R. (3d) 453; *Rivers c. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90; *Flett c. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

*Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795; *Rawluk c. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

**Statutes and Regulations Cited**

- B.C. Reg. 77/95, s. 6.  
*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8.  
*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, Preamble, ss. 4(1), (4), 5(1), (6), 9(1), (3).  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 74, Part 6.  
*General Regulation — Pension Benefits Act*, N.B. Reg. 91-195, s. 28(2).  
*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9.  
*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 51.  
*Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c. P-5.1, s. 44(8).  
*Regulation respecting supplemental pension plans*, (1990) 122 G.O. II, 2318, ss. 36, 37, 40.

**Authors Cited**

- Burrows, G. Edmond. "Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age" (1995-96), 13 *C.F.L.Q.* 25.  
 Burrows, G. Edmond. "Value Added or Pro Rata?" in *Money & Family Law*, vol. 10, no. 6, June 1995, p. 48.  
 Canadian Institute of Actuaries. *Standard of Practice for the Computation of the Capitalized Value of Pension Entitlements on Marriage Breakdown for Purposes of Lump-Sum Equalization Payments*. Ottawa: Canadian Institute of Actuaries, 1993.  
 Canadian Institute of Actuaries. Task Force on the Division of Pension Benefits upon Marriage Breakdown. Draft Paper. *The Division of Pension Benefits upon Marriage Breakdown*. Ottawa: Canadian Institute of Actuaries, 1998.  
*Corpus Juris Secundum*, vol. 27C, § 558. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.  
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1992.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
 McLeod, James G. Annotation to *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211.  
 McLeod, James G. Annotation to *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 448.  
 McLeod, James G. Case Comment on *Monger v. Monger* (1994), 8 R.F.L. (4th) 182.

**Lois et règlements cités**

- B.C. Reg. 77/95, art. 6.  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 74, partie 6.  
*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9.  
*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, art. 4(1), (4), 5(1), (6), 9(1), (3).  
*Loi sur les prestations de pension*, L.N.-B. 1987, ch. P-5.1, art. 44(8).  
*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 51.  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8.  
*Règlement général — Loi sur les prestations de pension*, Règl. du N.-B. 91-195, art. 28(2).  
*Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, (1990) 122 G.O. II, 3246, art. 36, 37, 40.

**Doctrine citée**

- Burrows, G. Edmond. «Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age» (1995-96), 13 *C.F.L.Q.* 25.  
 Burrows, G. Edmond. «Value Added or Pro Rata?» in *Money & Family Law*, vol. 10, no. 6, June 1995, p. 48.  
*Corpus Juris Secundum*, vol. 27C, § 558. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.  
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
*Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.  
 Institut canadien des actuaires. Groupe de travail sur la répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage. Document préliminaire. *La répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage*. Ottawa: Institut canadien des actuaires, 1998.  
 Institut canadien des actuaires. *Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation*. Ottawa: Institut canadien des actuaires, 1993.  
 McLeod, James G. Annotation to *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211.  
 McLeod, James G. Annotation to *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 448.  
 McLeod, James G. Case Comment on *Monger v. Monger* (1994), 8 R.F.L. (4th) 182.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Law, Part IV, Family Property Law*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Family Property Law*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1993.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1995.

Patterson, J. B. "Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions 'Termination Method' and 'Retirement Method'" (1998), 16 *C.F.L.Q.* 249.

Patterson, Jack. *Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.

Walker, Thomas J. "Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and Income?" (1994), 10 *C.F.L.Q.* 315.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 35 O.R. (3d) 577, 156 D.L.R. (4th) 717, 31 R.F.L. (4th) 1, 103 O.A.C. 344, 15 C.C.P.B. 170, [1997] O.J. No. 4007 (QL), dismissing an appeal by the appellant from a judgment of Rutherford J. (1993), 50 R.F.L. (3d) 120, 1 C.C.P.B. 8, [1993] O.J. No. 2444 (QL), and subsequent endorsement as to costs, [1994] O.J. No. 1241 (QL). Appeal allowed in part, L'Heureux-Dubé J. dissenting in part.

*William J. Sammon and Jirina Bulger*, for the appellant.

*Frank C. Tierney, Shawn L. C. Peers and Ian R. Stauffer*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

MAJOR J. — This appeal raised some of the contentious and confusing issues surrounding the treatment of pensions in the division of property when a marriage ends. A central issue here was the appropriate technique for determining the value of a defined benefit pension under Ontario's *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3. The legal proceedings in this divorce action have been costly, and

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Law, Part IV, Family Property Law*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Family Property Law*. Toronto: Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1993.

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division*. Toronto: Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1995.

Patterson, J. B. «Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions "Termination Method" and "Retirement Method"» (1998), 16 *C.F.L.Q.* 249.

Patterson, Jack. *Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.

Walker, Thomas J. «Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and Income?» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 315.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 35 O.R. (3d) 577, 156 D.L.R. (4th) 717, 31 R.F.L. (4th) 1, 103 O.A.C. 344, 15 C.C.P.B. 170, [1997] O.J. No. 4007 (QL), qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant contre un jugement du juge Rutherford (1993), 50 R.F.L. (3d) 120, 1 C.C.P.B. 8, [1993] O.J. No. 2444 (QL), et de sa décision subséquente concernant les dépens, [1994] O.J. No. 1241 (QL). Pourvoi accueilli en partie, le juge L'Heureux-Dubé dissidente en partie.

*William J. Sammon et Jirina Bulger*, pour l'appelant.

*Frank C. Tierney, Shawn L. C. Peers et Ian R. Stauffer*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi vise quelques-unes des questions qui donnent lieu à controverse et confusion en ce qui a trait au traitement des pensions de retraite dans le cadre du partage des biens à la fin du mariage. La technique appropriée pour déterminer la valeur d'une pension à prestations déterminées en vertu de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, L.R.O. 1990,

these reasons will hopefully end the parties' prolonged conflict.

2 I have concluded that, absent special circumstances, a *pro rata* method of pension valuation best achieves the purpose of the *Family Law Act*, namely, the equitable division of assets between spouses. It will be evident that, while the division of pensions can raise many complex questions, this Court can only address the limited issues involved in this particular appeal. It will be equally evident that legislative changes to the *Family Law Act* are required to provide further guidance for the equitable division of pension assets between spouses on the termination of marriage. In the absence of legislative action, couples undergoing divorces where pension benefits are an issue will have little choice in the absence of an agreement but to resort to expensive litigation.

3 The intent of the Ontario legislature, expressed in the *Family Law Act*, is to divide the value of all assets accumulated during the marriage equally among the separated spouses. To reach that result in the case at bar required determining the growth in value of the pension owned by the appellant husband during the marriage. If it were not for the complexities of valuing defined benefit pensions, this would be relatively simple.

4 However, the Court was faced with two different actuarial methods for valuing the pension's growth during the marriage. The appellant favoured the "termination *pro rata*" method, which required the pension benefit to be paid at retirement to be calculated as if the employee terminated employment on the date of separation. The pension's value on the date of separation is the present value of that income stream, using an assumed retirement age and accepted actuarial assumptions regarding rates of interest, inflation, and longevity. The value on the date of marriage is obtained by multiplying the value on the date of separation by a fraction equal to the number of

ch. F.3, est au cœur du litige. Les procédures judiciaires engagées dans la présente action en divorce ont été coûteuses, et il est à souhaiter que les présents motifs mettront fin au long conflit entre les parties.

J'ai conclu que, sauf circonstances spéciales, la méthode d'évaluation au prorata de la pension est celle qui permet le mieux de réaliser l'objectif visé par la *Loi sur le droit de la famille*, soit le partage équitable des biens entre les conjoints. Il ressortira clairement que, bien que le partage des pensions soulève plusieurs questions complexes, notre Cour ne peut examiner que les questions limitées en litige dans le présent pourvoi. On verra également que la *Loi sur le droit de la famille* appelle des modifications afin de mieux encadrer le partage équitable des avoirs de retraite entre conjoints à la cessation d'un mariage. Sans une telle intervention du législateur, les couples en instance de divorce qui ne peuvent s'entendre sur la question des prestations de retraite n'auront d'autre choix que d'intenter des procédures coûteuses.

Le but du législateur ontarien, exprimé dans la *Loi sur le droit de la famille*, est le partage égal entre les conjoints séparés de la valeur de tous les biens accumulés durant le mariage. Pour parvenir à ce résultat dans le présent cas, il faut calculer l'accroissement de la valeur de la pension du mari appellant au cours du mariage. Si ce n'était des difficultés que comporte l'évaluation des pensions à prestations déterminées, ce calcul serait assez simple.

Toutefois, on présente à la Cour deux méthodes actuarielles différentes pour calculer l'accroissement de la valeur de la pension pendant le mariage. L'appellant préconise le recours à la méthode de calcul «au prorata à la cessation d'emploi», méthode suivant laquelle la prestation de retraite payable à la retraite est calculée comme si l'employé avait cessé de travailler à la date de la séparation. La valeur de la pension à cette date est la valeur actualisée de ce flux de revenu, déterminée en tenant compte d'un âge de retraite présumé et de certaines hypothèses actuarielles acceptées en ce qui concerne les taux d'intérêt, l'inflation et la longévité. La valeur de la pension à la date du

years of pensionable service that occurred prior to the marriage over the total number of years of pensionable service prior to separation. The amount accrued during the marriage is the difference between the values on the date of separation and on the date of marriage; the non-employee spouse (in this case, the respondent wife) would be entitled to half that amount upon separation.

The respondent favoured the “termination value-added” method. This method uses the same process as the *pro rata* method to value the pension on the date of separation: the determination of the pension benefit earned followed by a calculation of the present value of that income stream on the date of separation. Under the value-added method, the value on the date of marriage is calculated in a similar way: the employee is assumed to have terminated employment on the date of marriage, the pension benefit earned to that point is calculated, and the present value for such an income stream, discounted back to the date of marriage, is determined. Once again, the amount accumulated during marriage is the difference between the two values, and the non-employee spouse is entitled to half of it.

The value-added method essentially treats the pension as an investment asset that grows with the employee’s salary and increases with the compounding of amounts previously earned. Under the value-added method, each successive year is of increasingly higher value. As a result, in cases like this one where there is significant pensionable service prior to the marriage, the value-added method allocates more value to the later years of pension holding than to the earlier years. In this case, the marriage lasted for just over 12 (or approximately 37 percent) of the appellant’s 32 years of pensionable service before separation, but the value-added

mariage est obtenue en multipliant la valeur à la date de la séparation par une fraction égale au nombre d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant le mariage divisé par le nombre total d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant la séparation. La somme accumulée au cours du mariage est la différence entre la valeur à la date de la séparation et la valeur à la date du mariage; le conjoint non participant (en l’espèce l’épouse intimée) aurait droit à la moitié de cette somme à la séparation.

Pour sa part, l’intimée préconise la méthode de la «valeur ajoutée à la cessation d’emploi». Cette méthode utilise le même mécanisme que la méthode au prorata pour calculer la valeur de la pension à la date de la séparation: on détermine la valeur de la prestation de retraite acquise, puis la valeur actualisée de ce flux de revenu à la date de la séparation. Selon la méthode de la valeur ajoutée, la valeur de la pension à la date du mariage est calculée d’une façon similaire: on présume que l’employé a cessé de travailler à la date du mariage, on calcule d’abord la prestation de retraite acquise à ce moment-là, puis la valeur actualisée de ce flux de revenu à la date du mariage. Une fois de plus, la somme accumulée durant le mariage est la différence entre ces deux valeurs, et le conjoint non participant a droit à la moitié de cette somme.

Essentiellement, la méthode de la valeur ajoutée considère la pension comme un placement dont la valeur croît avec le salaire de l’employé et la capitalisation des montants déjà accumulés. Suivant la méthode de la valeur ajoutée, chaque nouvelle année a une valeur de plus en plus grande. En conséquence, dans un cas comme celui dont la Cour est saisie, où de nombreuses années de service ouvrant droit à pension ont été accumulées avant le mariage, la méthode de la valeur ajoutée attribue aux dernières années de participation au régime une valeur plus grande qu’aux premières. En l’espèce, le mariage n’a duré qu’un peu plus de 12 (soit environ 37 p. 100) des 32 années de service ouvrant droit à pension accumulées par l’appelant avant la séparation, mais la méthode de la valeur

5

6

method apportions about 88 percent of the pension's value to that period.

ajoutée attribuée à cette période environ 88 p. 100 de la valeur de la pension.

7 In contrast, the effect of the *pro rata* method is that all years of pensionable service are treated as equal; the growth of the pension is uniform over time, with no pension year more valuable than another. In this case, the *pro rata* method assigns approximately 37 percent of the pension's value to the marriage. Because this method assigns more value to the pre-marital years and less to the marital years than the value-added method, it is obvious why the appellant submitted this method to be the more equitable.

Par contre, la méthode au prorata produit l'effet suivant: toutes les années de service ouvrant droit à pension sont traitées également, la valeur de la pension augmente uniformément avec le temps et aucune année de service n'a une valeur plus grande qu'une autre. En l'espèce, la méthode au prorata attribue environ 37 p. 100 de la valeur de la pension à la période du mariage. Le fait que cette méthode attribue une valeur plus grande aux années antérieures au mariage et une valeur moins grande aux années de mariage que la méthode de la valeur ajoutée explique à l'évidence pourquoi l'appelant plaide que cette méthode est la plus équitable.

#### I. Facts

#### I. Les faits

8 The appellant, Theodore Clifford Best, was born on April 14, 1935. He was employed as a school principal since 1960 and served as an elected trustee of the Ottawa Board of Education since 1972. He and the respondent, Marlene Shirley Best, were married on February 7, 1976, when Mr. Best was 40 years old. Both spouses had been married before, and this second marriage was turbulent.

L'appelant, Theodore Clifford Best, est né le 14 avril 1935. Il a travaillé comme directeur d'école à partir de 1960, et il a été élu commissaire au Conseil scolaire d'Ottawa en 1972. Il a épousé l'intimée, Marlene Shirley Best, le 7 février 1976. Il avait alors 40 ans. Chacun d'eux avait été marié auparavant. Ce deuxième mariage a été orageux.

9 The parties separated with no hope of reconciliation in February 1988, and a divorce judgment in 1989 ended their 12-year childless marriage. After the divorce, extensive litigation ensued over the division of property. The trial in 1993 lasted approximately 12 days. Many of the property disputes decided by the trial judge were not appealed. The important issue in dispute was the fair division of the appellant's pension rights as a member of the Teachers' Superannuation and Superannuation Adjustment Funds, in which he enrolled in September 1955, 20.52 years before the marriage.

Les parties se sont séparées sans espoir de réconciliation en février 1988 et, en 1989, un jugement de divorce a mis fin, après 12 ans, à leur mariage sans enfant. Après le divorce, il y eut un long litige sur le partage des biens. L'audition de l'affaire en 1993 a duré une douzaine de jours. Beaucoup des décisions patrimoniales n'ont pas été portées en appel. La principale question en litige était le partage équitable des droits à pension de l'appelant en tant que membre du Régime de retraite des enseignants et du Fonds de rajustement des prestations de pension des enseignants, auxquels il a adhéré en septembre 1955, soit 20,52 années avant le mariage.

10 The pension plan was a "defined benefit" pension, meaning that the annual pension benefit paid to retirees is calculated according to a benefit formula. In this case, upon retirement, the appellant was entitled to an annual benefit equal to

Le régime de retraite de l'appelant est un régime «à prestations déterminées», c'est-à-dire que la prestation de retraite annuelle versée aux retraités est déterminée selon une formule de calcul de la prestation. En l'espèce, à la retraite, l'appelant

2 percent of the average of his five best annual salaries, multiplied by the total number of years of service prior to retirement. The appellant's pension also contained an early retirement provision, which allowed an employee to retire and obtain an unreduced pension without penalty as soon as the sum of the employee's age and years of service reached 90. The pension was indexed for inflation, both before and after retirement, according to the Consumer Price Index. The appellant's pension benefits vested prior to the date of marriage.

The Ontario Court (General Division) decided the action in the respondent's favour on October 15, 1993: see *Best v. Best* (1993), 50 R.F.L. (3d) 120. At that time, the appellant was 58 years old and was still employed and accumulating pensionable service. The respondent was also 58 at the time, but was not employed, owing in part to poor health. The appellant retired on June 30, 1996, while the case was on appeal. The Ontario Court of Appeal dismissed the appellant's appeal on October 3, 1997: see *Best v. Best* (1997), 35 O.R. (3d) 577. At that time, both parties were 62 years old.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3

[Preamble] Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership; and whereas in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership, and to provide for other mutual obligations in family relationships . . . .

4. — (1) In this Part,

avait droit à une rente annuelle égale à 2 p. 100 de la moyenne de ces cinq années les mieux rémunérées, multipliée par le nombre total d'années de service accumulées avant la retraite. Le régime de retraite de l'appelant comporte également une clause de départ à la retraite anticipé, qui permet à l'employé de se retirer sans réduction de la pension payable dès que la somme de son âge et de ses années de service égale 90. La pension est indexée sur l'inflation, aussi bien avant qu'après la retraite, en fonction de l'Indice des prix à la consommation. L'appelant a acquis le droit aux prestations de retraite avant la date du mariage.

La Cour de l'Ontario (Division générale) a tranché l'action en faveur de l'intimée le 15 octobre 1993: voir *Best c. Best* (1993), 50 R.F.L. (3d) 120. L'appelant, qui avait alors 58 ans, travaillait encore et continuait d'accumuler des années de service ouvrant droit à pension. L'intimée avait elle aussi 58 ans, mais elle ne travaillait pas, en partie pour des raisons de santé. L'appelant a pris sa retraite le 30 juin 1996, pendant que l'appel était en instance. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté son appel le 3 octobre 1997: voir *Best c. Best* (1997), 35 O.R. (3d) 577. Les deux parties étaient alors âgées de 62 ans.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3

[Préambule] Attendu qu'il est souhaitable d'encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu'il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société; attendu que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions législatives qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société et qui définissent d'autres obligations réciproques dans le cadre des rapports familiaux . . . .

4 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

11

12

“net family property” means the value of all the property, except property described in subsection (2), that a spouse owns on the valuation date, after deducting,

- (a) the spouse’s debts and other liabilities, and
- (b) the value of property, other than a matrimonial home, that the spouse owned on the date of the marriage, after deducting the spouse’s debts and other liabilities, calculated as of the date of the marriage;

“property” means any interest, present or future, vested or contingent, in real or personal property and includes,

- (c) in the case of a spouse’s rights under a pension plan that have vested, the spouse’s interest in the plan including contributions made by other persons;

“valuation date” means the earliest of the following dates:

1. The date the spouses separate and there is no reasonable prospect that they will resume cohabitation.
2. The date a divorce is granted.

(4) When this section requires that a value be calculated as of a given date, it shall be calculated as of close of business on that date.

5. — (1) When a divorce is granted or a marriage is declared a nullity, or when the spouses are separated and there is no reasonable prospect that they will resume cohabitation, the spouse whose net family property is the lesser of the two net family properties is entitled to one-half the difference between them.

(6) The court may award a spouse an amount that is more or less than half the difference between the net family properties if the court is of the opinion that

«bien» Droit, actuel ou futur, acquis ou éventuel, sur un bien meuble ou immeuble. Sont compris:

- c) dans le cas du conjoint, en vertu d’un régime de retraite, qui a été acquis, le droit du conjoint y compris les contributions des autres personnes.
- «biens familiaux nets» Valeur de tous les biens, à l’exception des biens décrits au paragraphe (2), dont le conjoint est le propriétaire à la date d’évaluation, après déduction des éléments suivants:

- a) ses dettes et autres éléments de passif,
- b) la valeur des biens, à l’exception d’un foyer conjugal, dont le conjoint était le propriétaire à la date du mariage, après déduction de ses dettes et autres éléments de passif, calculée à la date du mariage.

«date d’évaluation» La première des dates suivantes:

1. La date à laquelle les conjoints se séparent et qu’il n’existe aucune perspective raisonnable qu’ils cohabitent de nouveau.
2. La date à laquelle le divorce est accordé.

(4) Lorsque le présent article prévoit qu’une valeur soit calculée à une date donnée, le calcul se fait à la fermeture des bureaux à cette date.

5 (1) Si un jugement conditionnel de divorce est prononcé, que le mariage est déclaré nul ou que les conjoints sont séparés et qu’il n’existe aucune perspective raisonnable qu’ils cohabitent de nouveau, le conjoint qui possède le moins de biens familiaux nets a droit à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets de son conjoint et les siens.

(6) Le tribunal peut accorder à un conjoint un montant qui est inférieur ou supérieur à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets qui appartiennent à

equalizing the net family properties would be unconscionable, having regard to,

- (h) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, or improvement of property.

9. — (1) . . . the court may order,

- (a) that one spouse pay to the other spouse the amount to which the court finds that spouse to be entitled under this Part;

- (c) that, if necessary to avoid hardship, an amount referred to in clause (a) be paid in instalments during a period not exceeding ten years or that payment of all or part of the amount be delayed for a period not exceeding ten years; and

- (d) that, if appropriate to satisfy an obligation imposed by the order,

- (i) property be transferred to or in trust for or vested in a spouse, whether absolutely, for life or for a term of years. . . .

(3) If the court is satisfied that there has been a material change in the circumstances of the spouse who has the obligation to make instalment or delayed payments, the court may, on motion, vary the order, but shall not vary the amount to which the court found the spouse to be entitled under this Part.

### III. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* — *Rutherford J.* (1993), 50 R.F.L. (3d) 120

In determining this appeal it is necessary to outline the careful and comprehensive reasoning of the trial judge. He first sought to determine the age at which the appellant was likely to retire, an important factor in the valuation of the appellant's pension. Had the appellant terminated employment on the date of separation, February 1988, he would have qualified for early retirement under the "rule

chacun des conjoints si le tribunal est d'avis que l'égalisation des biens familiaux nets serait inadmissible, compte tenu des facteurs suivants:

- h) n'importe quelle autre circonstance concernant l'acquisition, l'aliénation, la conservation, l'entretien ou l'amélioration des biens.

9 (1) . . . le tribunal peut ordonner les mesures suivantes:

- a) qu'un conjoint verse à l'autre conjoint le montant auquel le tribunal a décidé que ce conjoint a droit en vertu de la présente partie;

- c) si cela est nécessaire en vue d'éviter un préjudice, que le montant visé à l'alinéa a) soit payé par versements échelonnés au cours d'une période qui ne dépasse pas dix ans ou que le paiement de la totalité ou d'une partie du montant soit différé pendant une période qui ne dépasse pas dix ans;

- d) si cela est approprié pour exécuter une obligation qu'impose l'ordonnance:

- (i) soit le transfert, le versement en fiducie ou l'assignation d'un bien en faveur d'un conjoint, en propriété absolue, viagère, ou pour un nombre d'années déterminé . . .

(3) Si le tribunal est convaincu que la situation du conjoint tenu de faire des versements échelonnés ou différés a changé de façon importante, le tribunal peut, à la suite d'une motion, modifier l'ordonnance. Toutefois, il ne modifie pas le montant auquel le tribunal a décidé que le conjoint a droit en vertu de la présente partie.

### III. Historique des procédures judiciaires

A. *La Cour de l'Ontario (Division générale)* — *Le juge Rutherford* (1993), 50 R.F.L. (3d) 120

Pour trancher le présent pourvoi, il est nécessaire de présenter le raisonnement minutieux et détaillé du juge de première instance. Celui-ci cherche d'abord à déterminer l'âge auquel l'appellant prendrait vraisemblablement sa retraite, puisqu'il s'agissait d'un facteur important dans l'évaluation de la pension de l'appellant. Si ce dernier avait cessé de travailler à la date de la sépara-

of 90” by increase in age alone on September 9, 1992, at age 57.4. Rutherford J. concluded that, looking at it from the perspective of the date of separation, the evidence justified choosing that date as the most likely retirement date. Because he refused to use “hindsight”, the assumption was that the appellant did not continue to earn pensionable service beyond February 1988. In choosing a probable retirement date of September 9, 1992, the trial judge had to ignore the fact that the appellant was still working on the date of judgment.

tion, en février 1988, il aurait été admissible à une retraite anticipée selon la «règle des 90» le 9 septembre 1992, à l’âge de 57,4 ans, par le seul effet de l’augmentation de son âge. Le juge Rutherford conclut que, considérée du point de vue de la date de la séparation, la preuve justifiait le choix de cette date comme date la plus probable de départ à la retraite. Comme il refuse de tenir compte des faits postérieurs, il pose comme hypothèse que l’appelant n’a pas continué d’accumuler des années de service ouvrant droit à pension après le mois de février 1988. En choisissant le 9 septembre 1992 comme date probable du départ à la retraite, le juge de première instance a dû faire abstraction du fait que l’appelant travaillait encore à la date du jugement.

14 The trial judge then proceeded to the question of valuation methods. Because there was no significant dispute over the pension’s value on the date of separation, the trial judge accepted the respondent’s figure of \$424,912.

Le juge de première instance s’arrête ensuite au choix de la méthode d’évaluation. Comme la valeur de la pension à la date de la séparation n’était pas vraiment contestée, le juge de première instance accepte le chiffre de 424 912 \$ avancé par l’intimée.

15 The dispute over valuation methods arose when the parties’ actuaries sought to determine the pension’s value as of the date of marriage. The respondent’s actuary, H. Wayne Woods, used the “termination value-added” method, which yielded a pension value of \$52,871 on the date of marriage. Subtracting this from the pension’s value at the date of separation (\$424,912) yields \$372,041, which the respondent argued was the proper value of the pension to be attributed to the appellant’s net family property under the *Family Law Act*.

C’est lorsque les actuaires des parties ont voulu déterminer la valeur de la pension à la date du mariage qu’est né le désaccord au sujet des méthodes d’évaluation. L’actuaire de l’intimée, H. Wayne Woods, a utilisé la méthode de la «valeur ajoutée à la cessation d’emploi», qui fixait à 52 871 \$ la valeur de la pension à la date du mariage. En soustrayant cette somme de la valeur de la pension à la date de la séparation (424 912 \$), on obtient 372 041 \$ qui, d’affirmer l’intimée, est la valeur exacte de la pension qui doit être ajoutée aux biens familiaux nets de l’appelant en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*.

16 The appellant’s actuary, Bernard Potvin, used what was called a “termination, prorated” method. Under this method, because there had been significant pre-marital pensionable service, the pension contributed only \$151,480 to the appellant’s net family property.

L’actuaire de l’appelant, Bernard Potvin, a utilisé ce qu’on a appelé la méthode «au prorata à la cessation d’emploi». Selon cette méthode, comme l’appelant avait accumulé de nombreuses années de service ouvrant droit à pension avant le mariage, la pension majeure de 151 480 \$ seulement la valeur des biens familiaux nets de l’appelant.

17 Rutherford J. then considered the arguments in favour of each method. Mr. Woods testified for the

Le juge Rutherford examine ensuite les arguments présentés au soutien de chaque méthode.

respondent that the value-added method was more consistent with the valuation of other assets under the *Family Law Act*. Mr. Potvin testified for the appellant that the *pro rata* method yielded a more equitable result because it weighted each year of service equally and gave a fairer division of the pension between pre-marital and marital years. While the value-added method was appropriate for other assets, Mr. Potvin maintained that the *pro rata* method was more suitable to valuing a defined benefit pension. The trial judge noted that, although the marriage took place during 12 years of the appellant's 32 years of pensionable service, the value-added method apportioned over 80 percent of the pension's value to the marriage period. The *pro rata* method credited the marriage with approximately 37 percent of the pension's value. The difference between the amounts attributable to the marriage under the two methods is \$220,561.

Rutherford J. stated that no cited case law dealt with the specific issue of valuing a defined benefit pension on the date of marriage. He then held as follows (at p. 140):

In my view, particularly in circumstances such as exist in this case, there is considerable force to the argument in favour of the prorated method. The force is most easily felt when one compares the 12-year marriage out of 32-year pension accrual with the over 80% of the pension's value allocated to the marriage period as a result of the value added method. However, whatever one's view of the equity inherent in it, I do not see the prorated method as consistent with the equalization of the value of property contemplated by s. 5 of the *Family Law Act*. I prefer the value added method for the valuation of Mr. Best's pension to the prorated method because the former is more consistent with the method of determining the value of other assets in the same exercise. While there is a certain equity in spreading the pension's value out equally over each year of service, it appears to be based on a theory favouring distribution

Témoignant pour l'intimée, M. Woods a affirmé que la méthode de la valeur ajoutée était plus compatible avec l'évaluation d'autres biens en vertu de la *Loi sur le droit de la famille*. Déposant en faveur de l'appelant, M. Potvin a déclaré que la méthode au prorata produisait un résultat plus équitable, parce qu'elle accordait une importance égale à chaque année de service et permettait un partage plus équitable de la pension entre les années du mariage et celles qui l'ont précédé. Selon M. Potvin, bien que la méthode de la valeur ajoutée convienne à l'évaluation d'autres biens, c'est la méthode au prorata qui est plus appropriée pour évaluer une pension à prestations déterminées. Le juge de première instance souligne que, quoique le mariage ait duré 12 des 32 années de service ouvrant droit à pension de l'appelant, la méthode de la valeur ajoutée attribue à la période du mariage plus de 80 p. 100 de la valeur de la pension. Par contre, la méthode au prorata n'attribue à cette période qu'environ 37 p. 100 de la valeur de la pension. La différence entre les sommes attribuables à la période du mariage selon les deux méthodes s'élève à 220 561 \$.

Le juge Rutherford déclare qu'aucune des décisions invoquées ne portait sur la question précise de la détermination de la valeur d'une pension à prestations déterminées à la date du mariage. Il décide (à la p. 140):

[TRADUCTION] À mon avis, particulièrement dans des circonstances comme celles du présent cas, l'argument en faveur de la méthode au prorata est très convaincant. La force de cet argument ressort surtout lorsqu'on met en regard, d'une part, les 12 années qu'a durées le mariage par rapport au 32 années de service ouvrant droit à pension accumulées, et, d'autre part, le pourcentage — plus de 80 p. 100 — de la valeur de la pension qui est attribuée à la période du mariage selon la méthode de la valeur ajoutée. Toutefois, quelle que soit la façon dont on conçoit l'équité intrinsèque de la méthode au prorata, elle ne me paraît pas compatible avec l'égalisation de la valeur des biens prévue à l'art. 5 de la *Loi sur le droit de la famille*. Pour déterminer la valeur de la pension de M. Best, je préfère la méthode de la valeur ajoutée à la méthode au prorata, car la première est plus compatible avec la méthode qui est appliquée dans le cadre du même exercice pour déterminer la valeur d'autres biens. Il y a une certaine équité

and equal weight for each year that is somewhat artificial.

The trial judge accepted the respondent's valuation that the pension accumulated \$372,041 in value over the course of the marriage. He discounted this amount by 28 percent for income tax, yielding a final value of \$267,869. Rutherford J. then performed the equalization calculation under s. 5(1) of the *Family Law Act*, and, after an adjustment not relevant here, concluded that the appellant owed the respondent an equalization payment of \$147,649.50.

19 Rutherford J. ordered the appellant to satisfy his equalization obligation first by transferring his interest in the matrimonial home, which he found to be worth \$60,065, to the respondent. Given that the bulk of the equalization obligation was owing to the value of the pension, which would not produce income for the appellant until some point in the future, the court allowed the appellant to pay the remaining \$87,584.50, with interest, in monthly installments over a 10-year period, similar to a mortgage repayment scheme.

20 Rutherford J. next addressed the issue of spousal support, noting that the appellant had been paying the respondent \$1900 per month in support since 1988. He noted that the appellant's annual income totalled approximately \$100,000, that he intended to continue working as a school principal although he did not plan to seek reelection as a school board trustee, and that he was recently married to a woman who had a long teaching career, was working half-time, and had substantial equity in her home.

21 The trial judge contrasted this position with that of the respondent, who did not have any real basis for self-support. Although she was employed as a secretary at the time of the marriage, her secretarial skills had become outdated and she would

dans le fait de répartir également la valeur de la pension sur chaque année de service, mais elle semble reposer sur une théorie plutôt artificielle favorisant une distribution et un poids égal pour chaque année.

Le juge de première instance accepte l'évaluation avancée par l'intimée et selon laquelle la valeur de la pension accumulée au cours du mariage s'élevait à 372 041 \$. Il a réduit cette somme de 28 p. 100 pour tenir compte de l'effet de l'impôt sur le revenu, ce qui a donné une valeur finale de 267 869 \$. Le juge Rutherford fait le calcul d'égalisation prévu au par. 5(1) de la *Loi sur le droit de la famille* et, après un rajustement qui n'est pas pertinent en l'espèce, il conclut que l'appelant doit verser à l'intimée un paiement d'égalisation de 147 649,50 \$.

Le juge Rutherford ordonne à l'appelant de s'acquitter de son obligation d'égalisation en transférant d'abord à l'intimée son intérêt dans la résidence familiale, qu'il a évalué à 60 065 \$. Comme la valeur de la pension représentait la majeure partie de l'obligation d'égalisation et que cette valeur ne procurerait un revenu à l'appelant qu'à une date ultérieure, le tribunal permet à l'appelant de payer le solde de 87 584,50 \$, majoré de l'intérêt, sous forme de mensualités échelonnées sur une période de 10 ans, comme s'il s'agissait du remboursement d'un emprunt hypothécaire.

Le juge Rutherford examine ensuite la question de la pension alimentaire et fait remarquer que l'appelant versait à l'intimée une pension mensuelle de 1 900 \$ depuis 1988. Il a souligné que le revenu annuel de l'appelant totalisait environ 100 000 \$, que ce dernier entendait continuer de travailler comme directeur d'école, mais qu'il n'envisageait pas de tenter de se faire réélire comme conseiller scolaire, et qu'il avait récemment épousé une enseignante de longue date, qui travaillait à temps partiel et qui était propriétaire d'une maison d'une valeur nette importante.

Le juge de première instance compare cette situation à celle de l'intimée, qui n'avait aucun moyen véritable de subvenir à ses besoins. Bien qu'elle ait travaillé comme secrétaire au moment du mariage, ses compétences en ce domaine

require training and experience in order to find a job. Although she had obtained a bachelor's degree and qualified as a real estate salesperson, the trial judge concluded (at p. 143) that "her age, her osteoarthritic condition and the prevailing economic circumstances seriously cloud her prospects for earning a substantial livelihood and becoming self-supporting".

Rutherford J. ordered the appellant to pay the respondent \$2500 per month in spousal support, and added that the payment would increase or decrease proportionally to any change in the appellant's salary. Rutherford J. also ordered the appellant to retain the respondent as a beneficiary of his medical plan as long as possible.

On June 6, 1994, after receiving further submissions from the parties, Rutherford J. entered an endorsement relating to costs: see *Best v. Best*, [1994] O.J. No. 1241 (QL). Although the respondent had made an offer of settlement that was more favourable to the appellant than the judgment rendered, numerous factors detracted from the respondent's presumptive right to costs from the date of her settlement offer. Dismayed with the high bills of costs in this case — approximately \$50,000 for the appellant and \$90,000 for the respondent — the trial judge held that the respondent was entitled to recover \$45,000 in costs.

*B. Court of Appeal for Ontario — Charron J.A. (Finlayson and Doherty J.J.A. concurring) (1997), 35 O.R. (3d) 577*

On October 3, 1997, the Court of Appeal dismissed the appellant's appeal. Charron J.A. agreed on all points with the trial judge's reasoning regarding pension valuation. She added that, since the trial judge's reasons had been released, the Court of Appeal had decided in *Kennedy v. Kennedy* (1996), 19 R.F.L. (4th) 454, that a retirement date must be chosen "on a case by case basis upon consideration of all of the relevant evidence" (p. 460). Charron J.A. concluded that Rutherford J. had followed this rule by examining

n'étaient plus à jour et elle aurait besoin de formation et d'expérience pour se trouver du travail. Même si l'intimée était titulaire d'un diplôme universitaire de premier cycle et agent immobilier agréé, le juge de première instance a conclu (à la p. 143) que, en raison [TRADUCTION] «de son âge, de l'arthrose dont elle souffre et de la conjoncture économique, ses chances de bien gagner sa vie et de devenir financièrement autonome sont sérieusement compromises».

Le juge Rutherford ordonne à l'appelant de verser à l'intimée une pension alimentaire de 2 500 \$ par mois, ajoutant que ce montant augmenterait ou diminuerait proportionnellement à toute fluctuation du salaire de l'appelant. Le juge Rutherford ordonne également à l'appelant de maintenir l'intimée comme bénéficiaire de son régime de soins de santé le plus longtemps possible.

Le 6 juin 1994, après avoir reçu d'autres observations des parties, le juge Rutherford a statué sur les dépens: voir *Best c. Best*, [1994] O.J. No. 1241 (QL). Quoique l'intimée ait fait une offre de règlement qui était plus favorable à l'appelant que le jugement rendu, de nombreux facteurs militaient contre la reconnaissance du droit présumé de l'intimée aux dépens à compter de la date de son offre de règlement. Consterné par l'importance des frais dans la présente espèce — environ 50 000 \$ pour l'appelant et 90 000 \$ pour l'intimée —, le juge de première instance décide que l'intimée avait le droit de recouvrer 45 000 \$ au titre des dépens.

*B. La Cour d'appel de l'Ontario — Le juge Charron (avec l'accord des juges Finlayson et Doherty) (1997), 35 O.R. 577*

Le 3 octobre 1997, la Cour d'appel rejette l'appel de l'appelant. Madame le juge Charron est en tous points d'accord avec le raisonnement du juge de première instance sur l'évaluation de la pension. Elle ajoute que, depuis le prononcé des motifs du juge de première instance, la Cour d'appel a décidé, dans *Kennedy c. Kennedy* (1996), 19 R.F.L. (4th) 454, que le choix de la date du départ à la retraite doit se faire [TRADUCTION] «au cas par cas, après examen de tous les éléments de preuve pertinents» (p. 460). Le juge Charron conclut que

22

23

24

all the evidence before him in choosing a probable retirement date of September 9, 1992.

le juge Rutherford a suivi cette règle et examiné tous les éléments de preuve présentés lorsqu'il a arrêté au 9 septembre 1992 la date probable de la retraite.

25 Charron J.A. also noted, at p. 585, that using "hindsight" in choosing a retirement date for valuation purposes would "introduce great uncertainty in the litigation process" and "may well militate against the early resolution of matrimonial disputes". Charron J.A., at p. 585, considered that post-separation evidence could be relevant to determine "the probable age of retirement *as contemplated* by the pension plan holder" on the date of separation (emphasis in original). Conduct contemplated as of the separation date, as well as the fact of separation itself, could also be relevant, but facts that were unknown to or not contemplated by the pension holder at separation could not.

Le juge Charron souligne également, à la p. 585, que la prise en compte de faits postérieurs pour choisir la date du départ à la retraite aux fins d'évaluation de la pension serait une [TRADUCTION] «source d'incertitude considérable dans les procédures judiciaires» et «pourrait fort bien nuire au règlement rapide des litiges matrimoniaux». À la p. 585, le juge Charron estime que la preuve relative à la période postérieure à la séparation pourrait être pertinente pour déterminer [TRADUCTION] «l'âge probable du départ à la retraite *envisagé* par le participant au régime de pension» à la date de la séparation (en italique dans l'original). La perspective envisagée à la date de la séparation, ainsi que le fait même de la séparation pourraient également être pertinents, mais les faits qui n'étaient pas connus du titulaire de la pension ni envisagés par lui au moment de la séparation ne pourraient l'être.

26 Charron J.A. then addressed the appellant's argument that, instead of ordering monthly instalments, the trial judge should have ordered that the equalization payment be made on an "if and when" basis, such that the appellant would pay the respondent her share of the pension benefit if and when he received it. Charron J.A. adverted to the fact that many Ontario courts had made use of "if and when" orders, but that such orders are complicated and not always suitable. Charron J.A. concluded that Rutherford J. did not exceed his discretion by preferring an amortized payment scheme over an "if and when" arrangement.

Le juge Charron examine ensuite l'argument de l'appellant selon lequel le juge de première instance aurait dû ordonner non pas des versements mensuels, mais plutôt un paiement d'égalisation sur une base «conditionnelle», de telle sorte que l'appelant ne verserait à l'intimée sa part de la prestation de retraite que lorsqu'il la recevrait, si tant est qu'il la recevait. Le juge Charron fait état du fait que de nombreux tribunaux ontariens ont rendu des ordonnances «conditionnelles», mais que de telles ordonnances sont complexes et ne conviennent pas toujours. Le juge Charron conclut que le juge Rutherford n'avait pas outrepassé son pouvoir discrétionnaire en préférant un régime de versements périodiques à un arrangement «conditionnel».

27 Charron J.A. also rejected the appellant's argument that the spousal support order should terminate upon his retirement, and decided that Rutherford J. was within his discretion in his award of costs. She dismissed the appeal and awarded costs on appeal to the respondent.

Le juge Charron rejette également l'argument de l'appelant selon lequel l'ordonnance alimentaire au profit de son ex-épouse devrait prendre fin à la date de son départ à la retraite, et statue que le juge Rutherford a agi dans les limites de son pouvoir discrétionnaire en adjugeant les dépens comme il l'a fait. Elle rejette l'appel et accorde à l'intimée les dépens en appel.

IV. Issues

The appeal concerns the following issues:

1. Did the Court of Appeal and the trial judge err in concluding that the *Family Law Act* requires the use of the value-added method to value a defined benefit pension for purposes of the equalization calculation?
2. Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's finding that the appellant was likely to retire on September 9, 1992?
3. Should the Court of Appeal have allowed the appellant to settle his equalization obligation on an "if and when" basis?
4. Should the Court of Appeal have ordered that the appellant's spousal support obligation terminated at his retirement?
5. Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's decision regarding costs?

V. AnalysisA. *Valuing the Defined Benefit Pension*(1) Overview

To understand the controversy in this case, it is helpful to consider the nature of the asset at stake. For present purposes, it is important to distinguish between the defined benefit pension plan at issue, and a defined contribution pension plan.

A defined contribution plan consists of an investment account in each employee's name into which the employer (and often the employee) deposits contributions. Apart from the fact that the employer makes contributions, a defined contribution plan functions much like a personal Registered Retirement Savings Plan (RRSP). Over time, a defined contribution pension accrues value just

IV. Les questions en litige

Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. La Cour d'appel et le juge de première instance ont-ils commis une erreur en concluant que la *Loi sur le droit de la famille* exige le recours à la méthode de la valeur ajoutée pour évaluer une pension à prestations déterminées aux fins du calcul d'égalisation?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la conclusion du juge de première instance que l'appellant prendrait probablement sa retraite le 9 septembre 1992?
3. La Cour d'appel aurait-elle dû permettre à l'appellant de s'acquitter de son obligation d'égalisation sur une base «conditionnelle»?
4. La Cour d'appel aurait-elle dû ordonner que l'obligation alimentaire de l'appellant en faveur de son ex-épouse prenne fin à la date de son départ à la retraite?
5. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge de première instance concernant les dépens?

V. L'analyseA. *Évaluation de la pension à prestations déterminées*(1) Aperçu

Pour comprendre la controverse que soulève le présent cas, il est utile d'examiner la nature du bien qui est en jeu. Pour les fins qui nous occupent, il est important de faire la distinction entre le régime de retraite à prestations déterminées en cause ici et un régime de retraite à cotisations déterminées.

Un régime à cotisations déterminées est un compte de placement établi au nom de chaque employé, dans lequel l'employeur (et souvent l'employé) verse des cotisations. À l'exception du fait que l'employeur verse des cotisations, le régime à cotisations déterminées fonctionne en grande partie comme le régime enregistré d'épargne-retraite (REÉR) d'un particulier. Au fil

like an investment portfolio. At retirement, a defined contribution account is customarily liquidated and used to purchase a pension annuity to provide the retiree with regular income.

31

A defined benefit pension, such as the appellant's, works in a different manner. A defined benefit pension plan pays its members a fixed pension benefit independent of the financial performance of the "pension fund". The plan does not assign particular assets to an individual employee's account. Participants in a plan do not receive individual statements reflecting investments. Instead, contributions are generally placed into a single pool of pension plan assets. When a pension member retires, the pension plan provides the retiree with a pension annuity, calculated according to a prescribed "benefit formula" on the date of retirement.

32

The benefit formula can take different forms, although it is usually based on the number of years of pensionable service and the salaries earned over the particular employee's career. The appellant's pension falls into the category of "final earnings" defined benefit pensions, which calculate the benefit by multiplying a base percentage by the number of years of service to retirement and the average of the employee's last five years' salaries. (Strictly speaking, the appellant's pension is a "best earnings" salary, since it focuses on the best years, not the final ones. In many cases, the last years are also the best paid, such that the difference will not matter.) Defined benefit pensions may be organized differently, such as "career average earnings" plans, where the pension benefit is constituted by percentages of salary earned in each year of service, and "flat benefit" plans, where the pension benefit is calculated by multiplying a fixed dollar amount by the number of years of service. See Ontario Law Reform Commission, *Report on*

des ans, une pension à cotisations déterminées prend de la valeur comme un portefeuille de placements. À la retraite, le compte à cotisations déterminées est habituellement liquidé et utilisé pour acheter une rente qui procurera au retraité un revenu régulier.

Une pension à prestations déterminées, comme celle de l'appelant, fonctionne différemment. Les participants à un régime de retraite à prestations déterminées reçoivent une prestation de retraite fixe, quel que soit le rendement financier de la «caisse de retraite». Le régime n'attribue pas d'éléments d'actif particuliers au compte d'un employé donné. Les participants ne reçoivent pas de relevés individuels des placements. Au contraire, les cotisations sont généralement versées dans un seul et même compte d'actifs de régime de retraite. Lorsqu'un participant au régime prend sa retraite, le régime lui verse une rente, déterminée selon une «formule de calcul de la prestation» à la date de la retraite.

La formule de calcul de la prestation peut prendre différentes formes, mais elle repose habituellement sur le nombre d'années de service ouvrant droit à pension et sur les salaires gagnés au cours de la carrière de l'employé concerné. La pension de l'appelant appartient à la catégorie des pensions à prestations déterminées «fin de carrière», qui calculent la prestation en multipliant un pourcentage de base par le nombre d'années de service accumulées au moment de la retraite et le salaire moyen de l'employé au cours de ses cinq dernières années de travail. (À proprement parler, le régime de l'appelant est un régime «salaire maximal moyen», étant donné qu'il tient compte des années les mieux rémunérées et non pas des dernières. Lorsque, comme c'est bien souvent le cas, les dernières années sont aussi celles qui sont les mieux rémunérées, la distinction est sans importance.) Les pensions à prestations déterminées peuvent être conçues différemment, et prendre la forme d'un régime «salaires moyens de carrière», où la prestation de retraite est constituée de pourcentages du salaire gagné durant chaque année de service, ou d'un régime «à rente uniforme», où la prestation de retraite est calculée en multipliant une somme

*Pensions as Family Property: Valuation and Division* (1995) (hereinafter OLRC Report), at pp. 12-13.

A defined benefit pension plan is also funded differently from a defined contribution plan. Because the pension benefit is defined by the benefit formula, the amount that a retiree receives as a pension does not depend on the contributions of the employee over the course of employment. Employee contributions are generally a fixed percentage of salary; in some defined benefit pension plans, the employees make no contributions at all. The employer contributes whatever amount is necessary to fund the plan in light of current employee contributions, if any, and expected payouts, which are usually estimated by actuaries. Although contributions to a defined benefit pension plan are invested to ensure that the plan remains solvent and able to meet its payout obligations, the employees do not profit directly if the pension fund earns a superior return, nor do their benefits decrease if the market plummets. (I leave aside the possibility of a pension plan's being underfunded, which is not an issue in this case.) The formula "defines" each employee's pension benefit irrespective of contributions or investment return.

According to a 1990 survey by Statistics Canada, 90.7 percent of pension plan members in Canada belonged to defined benefit pension plans, and 59.8 percent belonged to "final earnings" or "best earnings" defined benefit plans. See OLRC Report, *supra*, at p. 85, n. 4, and p. 91, n. 21.

## (2) Valuation Methods

Valuing a defined benefit pension prior to retirement is necessarily artificial. The true value of the appellant's pension benefit cannot be determined

fixe en dollars par le nombre d'années de service. Voir la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division* (1995) (ci-après le Rapport de la CRDO), aux pp. 12 et 13.

De plus les régimes de retraite à prestations déterminées sont financés différemment des régimes de retraite à cotisations déterminées. Comme la prestation de retraite est déterminée au moyen de la formule de calcul de la prestation, le montant de la rente que reçoit le retraité ne dépend pas des cotisations qu'il a versées durant ses années de service. Les cotisations des employés correspondent généralement à un pourcentage fixe du salaire; dans certains régimes de retraite à prestations déterminées, les employés ne versent pas de cotisation du tout. L'employeur verse le montant requis pour financer le régime en fonction des cotisations courantes des employés, s'il en est, et des paiements prévus, qui sont généralement estimés par des actuaires. Bien que les cotisations à un régime de retraite à prestations déterminées soient investies pour garantir que le régime demeure solvable et capable de respecter ses obligations envers les retraités, la situation des employés n'est pas meilleure si le fonds de pension a un rendement supérieur ni pire si le marché chute. (J'écarte la possibilité de sous-capitalisation d'un régime de retraite, puisque cette question ne se soulève pas en l'espèce.) La formule «détermine» la prestation de retraite de chaque employé indépendamment des cotisations versées ou du rendement du capital investi.

Selon un sondage de Statistique Canada en 1990, 90,7 p. 100 des participants à des régimes de retraite au Canada appartenaient à des régimes de retraite à prestations déterminées, et 59,8 p. 100 des participants appartenaient à des régimes à prestations déterminées «fin de carrière» ou «salaire maximal moyen». Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 85, n. 4, et à la p. 91, n. 21.

## (2) Les méthodes d'évaluation

L'évaluation d'une pension à prestations déterminées avant la retraite est forcément artificielle. La valeur réelle de la prestation de retraite de l'ap-

33

34

35

with finality until retirement, when the total number of years of service and the five best salaries are known with certainty. The actuarial profession has developed different valuation methods that reflect different assumptions, all of which are sound from an actuarial point of view. The problem is determining whether one method is preferable from a legal perspective under the *Family Law Act*.

pelant ne peut pas être déterminée de façon définitive avant son départ à la retraite, car ce n'est qu'à cette date qu'on connaîtra avec certitude le nombre total de ses années de service et ses cinq années les mieux rémunérées. Les actuaires ont mis au point différentes méthodes d'évaluation, qui reposent sur diverses hypothèses et qui sont toutes valables du point de vue actuariel. Le problème est de choisir la méthode qui est préférable du point de vue juridique pour l'application de la *Loi sur le droit de la famille*.

36 The various methods of pension valuation upon marriage breakup can be generally classified according to two characteristics: (a) the way they determine the pension's value at separation, and (b) the way they describe the pension's growth in value during the period leading up to separation.

Les différentes méthodes d'évaluation de la pension à la rupture du mariage peuvent généralement être classées selon deux caractéristiques: a) la façon dont elles déterminent la valeur de la pension au moment de la séparation, et b) la façon dont elles décrivent l'augmentation de la valeur de la pension durant la période précédant la séparation.

(a) *Termination Method v. Retirement Method*

a) *La méthode de la cessation d'emploi c. la méthode de la retraite*

37 The first methodological distinction concerns the way in which an actuary determines the pension's value on the date of separation. The two principal actuarial methods for this calculation are the "termination" method and the "retirement" method.

La première distinction méthodologique concerne la façon dont l'actuaire détermine la valeur de la pension à la date de la séparation. Les deux principales méthodes actuarielles utilisées pour faire ce calcul sont la méthode dite de la «cessation d'emploi» et la méthode dite de la «retraite».

38 The "termination" method requires the actuary to determine the annual pension benefit by assuming that the employee spouse stopped working on the date of separation. The "retirement" method requires the actuary to consider possible post-separation increases in the pension's value in order to determine as closely as possible what the pension benefit will actually be when the employee retires in the future. The choice between termination and retirement methods raises many important questions, such as the use of post-separation evidence obtained in "hindsight" and speculation as to future salary increases owing to promotions and improvements in the terms of the pension plan. In

Suivant la méthode de la «cessation d'emploi», l'actuaire doit déterminer la prestation de retraite annuelle en présumant que le conjoint participant a cessé de travailler à la date de la séparation. Selon la méthode de la «retraite», l'actuaire doit tenir compte des hausses de valeur de la pension survenues après la séparation afin de déterminer avec le plus de précision possible quel sera le montant de la prestation lorsque l'employé prendra sa retraite. Le choix de l'une ou l'autre de ces méthodes soulève de nombreuses questions importantes, notamment l'utilisation d'éléments de preuve postérieurs à la séparation de façon rétrospective ou d'hypothèses quant à d'éventuelles augmentations salariales découlant de promotions ou d'améliorations apportées aux modalités du régime de retraite. En l'espèce, qu'il suffise de mentionner

this case, it suffices to note that the parties agreed to use a termination method.

Under the termination method, the pension's value on the date of separation is determined by calculating the benefit earned as of that date under the pension's benefit formula. This "pension benefit" is the annual amount that the employee would receive starting on the date of retirement. The actuary then determines the amount that, if invested on the date of separation, would provide the same income stream as the pension (the "lump-sum present value" or "capitalized value"). This calculation is also called "discounting": the pension benefit's value on the date of its payment is discounted back to yield its present value on the date of separation.

The discounting calculation requires the use of certain assumptions. First, the actuary must use an assumed date of retirement to determine the length of the discounting period. The later the retirement date, the longer the discounting period, the lower the pension's present value. The actuary also makes assumptions about the employee's longevity: the longer the employee lives, the longer the pension will be paid, the higher its value.

Finally, the actuary must choose a discounting rate to reflect the effects of inflation and investment return. Inflation is particularly important here in light of the fact that the appellant's pension is indexed, meaning that the value of the pension benefit increases to match the Consumer Price Index. Even if the appellant were assumed to terminate employment on the separation date, prior to the date he would actually retire and start receiving a pension benefit, the numerical value of the pension benefit would actually increase between termination and retirement in order to compensate for the dollar's loss of purchasing power over time. From my reading of the record, it appeared that the actuaries in this case accounted for indexing by using "net interest rates", meaning that the discounting rate used was lower than the usual risk-free rate of return. See Canadian Institute of

que les parties ont convenu d'appliquer la méthode de la cessation d'emploi.

Selon cette méthode, l'actuaire détermine la valeur de la pension à la date de la séparation en calculant la prestation accumulée à cette date au moyen de la formule de calcul de la prestation. La «prestation de retraite» est la somme annuelle que recevrait l'employé à compter de la date de son départ à la retraite. L'actuaire calcule ensuite la somme qui, investie à la date de la séparation, produirait le même flux de revenu que la pension (la «valeur actualisée globale» ou «valeur capitalisée»). Ce calcul est également appelé «actualisation»: la valeur de la prestation de retraite à la date de son versement est actualisée pour obtenir sa valeur actualisée à la date de la séparation.

Le calcul de la valeur actualisée exige l'application de certaines hypothèses. Premièrement, l'actuaire doit arrêter la date présumée du départ à la retraite afin de déterminer la durée de la période d'actualisation. Plus la date du départ à la retraite est éloignée, plus la période d'actualisation est longue et moins la valeur actualisée de la pension est élevée. L'actuaire pose également des hypothèses relativement à la longévité de l'employé: plus l'employé vit longtemps, plus la période de versement de la pension et, de ce fait, la valeur de celle-ci seront élevées.

Enfin, l'actuaire doit choisir un taux d'actualisation tenant compte des effets de l'inflation et du rendement du capital investi. L'inflation est un facteur particulièrement important en l'espèce étant donné que la pension de l'appelant est indexée, ce qui veut dire que la valeur de la prestation de retraite suit les hausses de l'Indice des prix à la consommation. Ceci signifie que, ayant pris pour hypothèse que l'appelant a cessé de travailler à la date de la séparation, ceci avant la date à laquelle il a effectivement pris sa retraite et commencé à recevoir une prestation de retraite, la valeur numérique de cette prestation augmenterait dans les faits entre la date de la cessation d'emploi et la date de la retraite afin de compenser la perte du pouvoir d'achat avec le temps. Selon le dossier, il semble que, dans le présent cas, les actuaires ont utilisé des «taux d'intérêt nets» tenant en compte

39

40

41

Actuaries, *Standard of Practice for the Computation of the Capitalized Value of Pension Entitlements on Marriage Breakdown for Purposes of Lump-Sum Equalization Payments* (1993) (hereinafter CIA Standard of Practice), at pp. 10-11. This lower discounting rate reflects the fact that an indexed pension has a higher value than an unindexed one.

42 One member of the actuarial profession has noted that the term "termination method" is ambiguous and might suggest that post-separation increases in pension value owing to indexing should not be taken into account in determining the pension's value on the date of separation. See J. B. Patterson, "Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions 'Termination Method' and 'Retirement Method'" (1998), 16 *C.F.L.Q.* 249, at pp. 249-56; J. Patterson, *Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide* (2nd ed. 1995), at pp. 187-88. Accordingly, one case has adopted the term "real interest method" to describe a valuation method that adjusts the discounting rate to account for indexing. See *Bascello v. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342 (Gen. Div.), at pp. 354 and 360.

43 For present purposes, I will continue to refer to the method as a "termination" method, in accordance with the definition advanced by the Canadian Institute of Actuaries. See CIA Standard of Practice, *supra*, at p. 5. The reason is that the method used here still values the pension benefit on the assumption that the employee spouse terminated employment on the date of separation; it does not speculate as to post-separation salary increases owing to non-inflationary factors, such as promotions, plan improvements, and additional years of service. In those material respects, the method is still a "termination" method; it is simply a termination method whose discounting rate is a

de l'indexation, ce qui veut dire que le taux d'actualisation utilisé était inférieur au taux de rendement hors risque habituel. Voir Institut canadien des actuaires, *Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation* (1993) (ci-après la Norme de pratique de l'ICA), aux pp. 10 à 12. Ce taux d'actualisation réduit reflète le fait qu'une pension indexée a une valeur plus élevée qu'une pension qui ne l'est pas.

Un actuaire a fait remarquer que le terme «méthode de la cessation d'emploi» est ambigu et pourrait donner à entendre que les augmentations de la valeur de la pension postérieures à la séparation qui sont attribuables à l'indexation ne devraient pas être prises en considération dans le calcul de la valeur de la pension à la date de la séparation. Voir J. B. Patterson, «Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions "Termination Method" and "Retirement Method"» (1998), 16 *C.F.L.Q.* 249, aux pp. 249 à 256; J. Patterson, *Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide* (2<sup>e</sup> éd. 1995), aux pp. 187 et 188. En conséquence, dans un jugement, le tribunal a adopté le terme «méthode du taux d'intérêt réel» afin de décrire une méthode d'évaluation qui corrige le taux d'actualisation pour tenir compte de l'indexation. Voir *Bascello c. Bascello* (1995), 26 O.R. (3d) 342 (Div. gén.), aux pp. 354 et 360.

Dans le cadre du présent pourvoi, je continuerai de parler de la «méthode de la cessation d'emploi», en conformité avec la définition proposée par l'Institut canadien des actuaires. Voir la Norme de pratique de l'ICA, *op. cit.*, à la p. 5. La raison de ce choix est que, en l'espèce, la méthode utilisée détermine la valeur de la prestation de retraite en posant l'hypothèse que le conjoint participant a cessé de travailler à la date de la séparation; cette méthode ne pose pas d'hypothèses en ce qui concerne les augmentations de salaire dues à des facteurs non liés à l'inflation comme les promotions, les améliorations apportées au régime et les années de service supplémentaires. Sous ces rapports

“net” or “real” interest rate to reflect the fact that the pension is indexed.

Under this termination method, taking account of indexing, the respondent’s actuary determined the pension to have a present value of \$424,912 on the date of separation. Apart from the appropriate retirement age, the appellant does not dispute the methodology used in this calculation. Although the appellant’s actuary reached a slightly lower number (\$421,983), probably because of different assumptions as to interest rates and longevity, the actuary did not consider the difference significant. I therefore accept the respondent’s figure of \$424,912 for the pension’s value at separation.

(b) *Value-Added Method v. Pro Rata Method*

The controversy in this case arose because of the second characteristic that distinguishes pension valuation methods, that is the representation of the pension’s increase in value over time. Different assumptions regarding how a pension increases in value over time result in different figures for the pension’s value on the date of marriage. In the following example, the Canadian Institute of Actuaries describes the standard approaches to this issue:

At valuation date #1 (e.g., marriage), the plan member had 10 years pensionable service, had accrued \$2,000 of annual pension entitlements, which at that date had a value of \$5,000. At valuation date #2 (e.g., separation), the plan member had 25 years pensionable service, had accrued \$30,000 of annual pension entitlements, which at that date had a value of \$240,000.

There are three possible approaches to addressing a member’s pension entitlement acquired during marriage.

importants, cette méthode demeure une méthode de la «cessation d’emploi»; il s’agit tout simplement d’une méthode de la cessation d’emploi dans laquelle le taux d’actualisation est un taux d’intérêt «net» ou «réel» qui permet de tenir compte du fait que la pension est indexée.

Applicant cette méthode de la cessation d’emploi qui tient compte de l’indexation, l’actuaire de l’intimée a calculé que la valeur actualisée de la pension s’élevait à 424 912 \$ à la date de la séparation. Sauf pour ce qui est de l’âge du départ à la retraite applicable, l’appelant ne conteste pas la méthodologie utilisée pour faire ce calcul. Quoique l’actuaire de l’appelant soit parvenu à un résultat légèrement inférieur (421 983 \$), sans doute parce qu’il a utilisé des hypothèses différentes relativement aux taux d’intérêt et à la longévité, cette différence ne lui a pas paru importante. J’accepte donc le chiffre de 424 912 \$ fourni par l’intimée comme valeur de la pension à la date de la séparation.

b) *Méthode de la valeur ajoutée c. Méthode au prorata*

En l’espèce, la controverse découle de la deuxième caractéristique qui différencie les méthodes d’évaluation des pensions, soit l’établissement de l’augmentation de la valeur de la pension dans le temps. En effet, l’application de différentes hypothèses concernant la façon dont la valeur d’une pension augmente avec le temps produit des résultats différents en ce qui concerne la valeur de la pension à la date du mariage. Dans l’exemple suivant, l’Institut canadien des actuaires décrit les approches normalement utilisées à l’égard de cette question:

À la date d’évaluation 1 (p. ex., au mariage), le participant avait 10 années de service ouvrant droit à pension, et des droits constitués à une rente annuelle de 2 000 \$ qui, à cette date, commandait une valeur de 5 000 \$. À la date d’évaluation 2 (p. ex., à la séparation), le participant disposait de 25 années de service ouvrant droit à pension, soit des droits constitués à une rente annuelle de 30 000 \$, pour une valeur à cette date de 240 000 \$.

Il existe trois méthodes possibles pour établir le droit à pension acquis par le participant au cours du mariage.

44

45

One approach is sometimes referred to as “value added”. Such approach develops the pension asset acquired during marriage as follows:

$$\$240,000 - \$5,000 = \underline{\$235,000}$$

[I omit the second method, referred to as the *pro-rata* (on benefits) method, which is not advanced by either party in this case.]

A third approach is sometimes referred to as *pro-rata* (on service). Such approach develops the pension asset acquired during the marriage as follows:

$$\frac{(25 - 10)}{25} * \$240,000 = \underline{\$144,000}$$

See CIA Standard of Practice, *supra*, at p. 6. For brevity's sake, I refer to the *pro rata* (on service) method as the “*pro rata* method”.

46

The different figures reached under the value-added and *pro rata* methods are the result of different theories about how a pension increases in value from the point where the employee enrolls in the pension, where the pension has a value of zero, to the separation date. According to the *pro rata* method favoured by the appellant, the pension increases in value at a constant rate over time. The value-added method pressed by the respondent shows the pension increasing slowly at first and more quickly later, along a parabola or “growth curve”.

47

The *pro rata* method will always assign the pension a higher value than the value-added method at any point in time prior to separation. This difference poses no problem if the employee spouse (here, the husband) only starts earning defined benefit pension rights after the date of marriage; the value at marriage is zero regardless of which method is used. But where the employee spouse was a member of the pension prior to the marriage, the values obtained for the date of marriage diverge widely, in this case in the amount of \$220,561.

L'une des approches s'appelle parfois «valeur ajoutée». Dans cette approche, l'actif de rente acquis au cours du mariage est calculé de la façon suivante:

$$240\ 000 \$ - 5\ 000 \$ = \underline{235\ 000 \$}$$

[Je ne parle pas de la deuxième méthode, appelée méthode au prorata (des prestations), qui n'est invoquée par aucune des parties en l'espèce.]

Une troisième approche s'appelle parfois au *prorata* (du service). Dans cette approche, l'actif de rente acquis au cours du mariage est calculé de la façon suivante:

$$\frac{(25 - 10)}{25} * 240\ 000 \$ = \underline{144\ 000 \$}$$

Voir la Norme de pratique de l'ICA, *op. cit.*, aux pp. 6 et 7. Par souci de concision, je vais utiliser l'expression «méthode au prorata» pour désigner la méthode au prorata (du service).

Les différents chiffres obtenus au moyen de la méthode de la valeur ajoutée et de la méthode au prorata sont le résultat de l'application de théories différentes quant à la façon dont la valeur d'une pension augmente à compter du moment où l'employé adhère au régime — date à laquelle cette valeur est égale à zéro — et la date de la séparation. Selon la méthode au prorata préconisée par l'appelant, la valeur de la pension augmente à un rythme constant au fil des années. Suivant la méthode de la valeur ajoutée proposée par l'intimée, la valeur de la pension augmente lentement au départ puis plus rapidement par la suite, suivant une parabole ou «courbe de croissance».

À tout moment avant la séparation, la méthode au prorata attribue toujours à la pension une valeur supérieure à celle que lui attribue la méthode de la valeur ajoutée. Cette différence ne crée aucun problème si le conjoint participant (en l'espèce le mari) ne commence à acquérir des droits à une pension à prestations déterminées qu'après la date du mariage; la valeur au moment du mariage est égale à zéro, quelle que soit la méthode utilisée. Toutefois, si ce conjoint participait au régime avant le mariage, les valeurs obtenues à la date du mariage diffèrent considérablement; en l'espèce, l'écart est de 220 561 \$.

The evidence was, and the parties agreed, that both the value-added and *pro rata* methods are acceptable ways to value a defined benefit pension from an actuarial point of view. The legal question is whether any particular method is mandated or preferable under Ontario's *Family Law Act*.

### (3) Statutory Language

In interpreting a statute, the courts should give effect to the intent of the legislature as expressed through the statute's text. Here the text of the *Family Law Act* does not prescribe how any particular asset's value is to be determined. The most guidance it gives is s. 4(1), which requires the court to calculate each spouse's "net family property", which is defined as the value of all assets owned by each spouse on the "valuation date" (here the date of separation, February 28, 1988) less the value of all assets owned on the date of marriage (here February 7, 1976). The statute's aim is then to divide equally the difference between the spouses' net family properties, such that neither spouse's share of the wealth accumulated during the marriage period exceeds the other's. There is room for judicial discretion to divide net family properties unequally (s. 5(6)), but it is not implicated in this case.

The respondent's position was that the value-added method fitted the statutory scheme as it calculated the pension's present value on both dates, enabling the court to plug both values into the net family property calculation, but that the *pro rata* method did not fit the scheme because it did not calculate the pension's present value on the date of marriage. The trial judge and the Court of Appeal agreed, preferring the value-added method because

Il ressort de la preuve, et les deux parties en conviennent, que la méthode de la valeur ajoutée et la méthode au prorata sont deux façons valables d'évaluer une pension à prestations déterminées du point de vue actuariel. La question de droit qui se pose est de savoir si une méthode particulière est soit requise par la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario soit préférable pour l'application de celle-ci.

### (3) Le libellé des dispositions législatives

Le tribunal qui interprète une loi doit donner effet à l'intention exprimée par le législateur dans le texte en question. Dans le présent cas, le texte de la *Loi sur le droit de la famille* ne prescrit pas la façon de calculer la valeur de quelque bien en particulier. Les seules indications à cet égard figurent au par. 4(1), qui intime aux tribunaux de calculer la valeur des «biens familiaux nets» de chaque conjoint, expression qui est définie comme la valeur de tous les biens dont chaque conjoint est propriétaire à la «date d'évaluation» (en l'espèce la date de la séparation, le 28 février 1988) moins la valeur de tous les biens dont chacun était propriétaire à la date du mariage (en l'espèce le 7 février 1976). La loi prévoit ensuite le partage égal de la différence entre les biens familiaux nets des conjoints, afin que la part de la richesse accumulée au cours du mariage par l'un des conjoints n'exécède pas celle de l'autre. Les tribunaux disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire leur permettant d'ordonner un partage inégal des biens familiaux nets (par. 5(6)), mais ce pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire.

L'intimée a plaidé que la méthode de la valeur ajoutée est compatible avec le régime établi par la loi puisqu'elle détermine la valeur actualisée de la pension aux deux dates, permettant ainsi au tribunal d'utiliser les deux valeurs dans le calcul de la valeur des biens familiaux nets. Par ailleurs, l'intimée a soutenu que la méthode au prorata est incompatible avec ce régime, parce qu'elle ne détermine pas la valeur actualisée de la pension à la date du mariage. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont souscrit à ce point de vue, préférant la méthode de la valeur ajoutée parce qu'elle

48

49

50

it was, in their view, “more consistent” with the calculation prescribed by s. 4(1).

51 I disagree as I am persuaded that the *pro rata* method in most cases and particularly in this one reaches a more equitable result, in conformity with the intent and language of the *Family Law Act*. The appellant’s actuary, Bernard Potvin, testified that the *pro rata* method calculated the value at marriage by multiplying the present value on the date of separation by a fraction dividing the years of pensionable service prior to the marriage (approximately 20.52) by the years of pensionable service prior to separation (approximately 32.6). According to Mr. Potvin, this calculation yields a value of \$270,503 for the appellant’s pension as of the date of marriage. The appellant’s net family property under s. 4(1) would be the separation value (\$424,912) added to the value of the other assets owned by the appellant on the date of separation, less the marriage value (\$270,503) added to the value of other assets owned by the appellant on the date of marriage. This calculation fits precisely within the mathematical operations described in s. 4(1).

52 The respondent submitted that the statute requires more. Specifically, she objected that the *pro rata* method used the value at separation to “construct an arbitrary figure” for the pension’s value as of the date of marriage. The respondent read s. 4(1)’s provision that the value of the assets at marriage be “calculated as of the date of the marriage” to mean that the marriage value must be the lump-sum present value of the pension, meaning the amount that, if invested on the date of marriage, would produce the same return as the pension when the appellant retired. She argued that only a present value calculation produces a value “as of” the marriage date.

53 Although the respondent’s theory of pension valuation is permissible under s. 4(1), it is not mandated. If the legislature had meant to prefer a present-value valuation method over any other

était, à leur avis, [TRADUCTION] «plus compatible» avec le calcul prévu au par. 4(1).

Je ne suis pas d’accord, car je suis convaincu que c’est la méthode au prorata qui, dans la plupart des cas et particulièrement dans celui qui nous occupe, produit le résultat le plus équitable, en conformité avec l’objet et la lettre de la *Loi sur le droit de la famille*. L’actuaire de l’appelant, Bernard Potvin, a témoigné que la méthode au prorata calcule la valeur à la date du mariage en multipliant la valeur actualisée à la date de la séparation par une fraction représentant les années de service ouvrant droit à pension accumulées avant le mariage (environ 20,52) divisée par les années de service ouvrant droit à pension accumulées avant la séparation (environ 32,6). Selon M. Potvin, ce calcul donne une valeur de 270 503 \$ à la pension de l’appelant à la date du mariage. La valeur des biens familiaux nets de l’appelant en vertu du par. 4(1) serait la valeur à la date de la séparation (424 912 \$) majorée de la valeur des autres biens dont il était propriétaire à la date de la séparation, moins la valeur à la date du mariage (270 503 \$) majorée de la valeur des biens dont il était propriétaire à la date du mariage. Ce calcul respecte parfaitement les opérations mathématiques décrites au par. 4(1).

L’intimée soutient que la loi exige davantage. Elle reproche plus particulièrement à la méthode au prorata d’utiliser la valeur à la date de la séparation pour [TRADUCTION] «établir un chiffre arbitraire» en ce qui a trait à la valeur de la pension à la date du mariage. L’intimée considère que la disposition du par. 4(1) qui précise que la valeur des biens doit être «calculée à la date du mariage» signifie que cette valeur doit être la valeur actualisée globale de la pension, c’est-à-dire le capital qui, investie à la date du mariage, produirait une somme égale à la pension payable à l’appelant à la retraite. L’intimée soutient que seul un calcul fondé sur la valeur actualisée produit une valeur «à» la date du mariage.

Quoique la solution préconisée par l’intimée pour l’évaluation des pensions soit permise par le par. 4(1), elle n’est pas toutefois obligatoire. Si le législateur avait voulu privilégier une méthode

method, it could easily have provided for it. I do not agree that s. 4(1)'s phrase "calculated as of the date of the marriage" reflects a legislative choice of one actuarial method of pension valuation over another. Instead it addresses the more basic issue that a spouse cannot exclude an asset from his or her net family property simply because the asset was owned before the marriage. If the phrase "calculated as of the date of the marriage" were left out of the statute so that it read: "net family property" means the value of all the property . . . that a spouse owns on the valuation date, after deducting . . . the value of property . . . that the spouse owned on the date of the marriage", it would mean a spouse could claim that assets owned before the marriage were not subject to equalization at all, even to the extent that they increased in value during the marriage.

By providing for a deduction of the value of property owned on the date of marriage calculated as of the date of the marriage, the statute ensures that increases in asset value during the marriage period are equalized between the spouses, regardless of whether the asset was owned by one of the spouses prior to the marriage. The language of the statute does not address the more challenging problem of what method should be used to determine the actual amount by which the assets' value increased.

The respondent submitted that the value at marriage calculated under the *pro rata* method is "artificial" because it varies depending on the date of separation, all other factors being equal. The respondent contrasted this with the value-added method, which produced a fixed pension value for the date of marriage irrespective of the value at the date of separation. Yet s. 4(1) does not provide that the value at marriage cannot be mathematically derived from the value at separation. As stated above, the statute does not address methods of valuation except to say that they must produce a value

d'évaluation fondée sur la valeur actualisée à l'exclusion de toute autre, il aurait facilement pu le faire. Je ne suis pas d'accord pour dire que les mots «calculée à la date du mariage» figurant au par. 4(1) expriment la préférence du législateur pour une méthode actuarielle d'évaluation des pensions plutôt qu'une autre. Ces mots touchent plutôt le point plus fondamental qu'un conjoint ne peut exclure un bien de ses biens nets familiaux pour la seule raison qu'il en était propriétaire avant le mariage. Si les mots «calculée à la date du mariage» étaient supprimés et que la disposition était ainsi rédigée — «"biens familiaux nets" Valeur de tous les biens [. . .] dont le conjoint est le propriétaire à la date d'évaluation, après déduction [. . .] d[e] la valeur des biens [. . .] dont le conjoint était le propriétaire à la date du mariage» —, cela voudrait dire qu'un conjoint pourrait soutenir que les biens dont il était propriétaire avant le mariage ne sont pas visés par l'égalisation, même s'ils ont pris de la valeur pendant la durée du mariage.

En prescrivant le retranchement de la valeur, calculée à la date du mariage, des biens possédés à la date du mariage, la Loi garantit que l'augmentation de valeur d'un bien durant le mariage est répartie également entre les conjoints, sans égard à la question de savoir si ce bien appartenait avant le mariage à l'un des conjoints. Le texte de la disposition ne règle pas le problème plus délicat de la méthode qui doit être utilisée pour déterminer le chiffre réel de l'augmentation de valeur de ce bien.

L'intimée a soutenu que la valeur à la date du mariage qui est obtenue au moyen de la méthode au prorata est «artificielle» parce qu'elle varie en fonction de la date de la séparation, tous les autres facteurs étant égaux. Elle a comparé cette méthode à celle de la valeur ajoutée, qui attribue à la pension une valeur fixe à la date du mariage, indépendamment de sa valeur à la date de la séparation. Toutefois, le par. 4(1) ne précise pas que la valeur à la date du mariage ne peut pas être dérivée mathématiquement de la valeur à la date de la séparation. Comme je l'ai indiqué, tout ce que la Loi dit au sujet des méthodes d'évaluation, c'est qu'elles doivent permettre de déterminer la valeur

54

55

for the pension on the date of marriage and on the date of separation.

56

The respondent asserted that proponents of the *pro rata* method, such as the Ontario Law Reform Commission and the Canadian Institute of Actuaries, have “conceded that a legislative amendment would be required to introduce this method into the law of Ontario”. This statement is inaccurate. It is true that the OLRC and the Canadian Institute of Actuaries have recommended that the *pro rata* method be adopted in Ontario by means of legislation, but this recommendation results from their finding that the current law fails to take a position on the subject of pension valuation. Contrary to the respondent’s argument, neither organization maintained that the *pro rata* method is foreclosed by the *Family Law Act*. This is evident in the following passages of the OLRC Report:

The valuation and division of pensions in Ontario presents many problems. Currently, the law contains no special provisions for valuing pensions and gives little guidance on the appropriate methods to use. Couples face considerable difficulty and expense in valuing these assets for *Family Law Act* equalization purposes. The *Family Law Act* merely requires that a member of a pension plan share the value of the pension as of the date of separation with his or her spouse. Since there are no standard guidelines for the various economic assumptions and methods that must be used, the parties and their lawyers spend considerable time negotiating questions of valuation. Failure to agree on these issues often results in lengthy judicial proceedings.

The *Family Law Act* requires that pensions be valued on marriage breakdown and that the value be settled through the equalization process. The *Family Law Act* does not, however, stipulate how that value is to be determined. . . .

. . . The Commission believes that standards for the valuation of defined benefit plans should be prescribed as a matter of law. A stipulated method of pension valu-

de la pension à la date du mariage et à la date de la séparation.

L’intimée a affirmé que certains tenants de la méthode au prorata, comme la Commission de réforme du droit de l’Ontario et l’Institut canadien des actuaires, ont [TRADUCTION] «reconnu qu’une modification législative serait nécessaire pour introduire cette méthode dans le droit de l’Ontario». Cette affirmation est inexacte. Il est vrai que la CRDO et l’Institut canadien des actuaires ont recommandé l’adoption de la méthode au prorata en Ontario par voie législative, mais cette recommandation découle de leur conclusion que le droit actuel ne prend pas position sur la question de l’évaluation des pensions. Contrairement à ce que soutient l’intimée, aucun de ces organismes n’a affirmé que la *Loi sur le droit de la famille* interdit l’utilisation de la méthode au prorata. Cela ressort clairement des extraits suivants du Rapport de la CRDO:

[TRADUCTION] L’évaluation et le partage des pensions en Ontario posent de nombreux problèmes. À l’heure actuelle, le droit ne comporte aucune disposition particulière sur l’évaluation des pensions et donne peu de directives sur les méthodes qu’il convient d’employer. Les couples font face à de grandes difficultés et à des dépenses considérables lorsque vient le temps d’évaluer ce type de biens aux fins du calcul d’égalisation prévu par la *Loi sur le droit de la famille*. En effet, la *Loi sur le droit de la famille* prévoit simplement que le participant à un régime de retraite doit partager avec son conjoint la valeur de la pension à la date de séparation. Comme il n’existe pas de lignes directrices normalisées en ce qui concerne les différentes hypothèses économiques et méthodes à employer, les parties et leurs avocats consacrent beaucoup de temps à la négociation des questions d’évaluation. L’absence d’accord sur ces questions entraîne souvent de longues procédures judiciaires.

La *Loi sur le droit de la famille* exige que les pensions soient évaluées en cas d’échec du mariage et que leur valeur soit établie au moyen du mécanisme d’égalisation. Toutefois, la *Loi sur le droit de la famille* ne précise pas la façon de déterminer cette valeur . . .

. . . La Commission estime que des normes régissant l’évaluation des régimes de retraite à prestations déterminées devraient être officialisées dans un texte de loi.

ation would reduce the expense, delay, and litigation arising from disputes concerning the proper valuation of pensions.

Legislation would eliminate the need for spouses on marriage breakdown to rely on the courts to resolve pension valuation issues. A legislated valuation process would provide certainty and reduce costs. . . . The mandatory provisions for valuing pensions should be set out in regulations to the *Family Law Act*. This will require an amendment to the *Family Law Act*, providing that the value of pension property is to be determined in accordance with prescribed regulations.

Clarification of the law regarding the application of the value-added and *pro rata* methods of adjusting for pre-marriage accruals in valuing pension assets is critically important. Because the application of the two methods results in different pension values for equalization purposes, it is desirable that a method be prescribed. The present state of the law leads to disputes and may result in expensive and lengthy litigation. The use of both methods can be justified and criticized on a number of grounds.

(OLRC Report, *supra*, at pp. 1, 84-87, and 147; footnotes omitted.)

These statements do not support the view that the *Family Law Act* prefers one valuation method over another. Indeed, they express exactly the opposite position.

The respondent also argued that s. 4(1) does not distinguish between different types of property, and that consequently pension assets cannot be valued "in a different way" from other assets. The Ontario Court of Appeal emphasized this point by noting (at p. 590) that the value-added method was "entirely more consistent with the formula set out in the Act for the calculation of net family property and with the methodology used with respect to other assets". Yet the statute does not require that the values at marriage be calculated in the same way for different types of assets; it requires only

Une méthode légiférée d'évaluation des pensions réduirait les dépenses, les délais et les litiges entraînés par les désaccords concernant l'évaluation appropriée des pensions.

L'existence de dispositions législatives éviteraient aux conjoints, en cas de rupture du mariage, d'avoir à s'adresser aux tribunaux pour faire trancher les questions touchant l'évaluation des pensions. Un mécanisme législatif d'évaluation des pensions favoriserait la certitude et réduirait les coûts. [ . . . ] Les dispositions impératives en matière d'évaluation des pensions devraient être énoncées dans un règlement d'application de la *Loi sur le droit de la famille*. À cette fin, il faudra modifier la *Loi sur le droit de la famille* et indiquer que la valeur de la pension doit être calculée en conformité avec les dispositions réglementaires prescrites.

Il est extrêmement important de clarifier le droit relatif à l'application de la méthode de la valeur ajoutée et de la méthode au prorata pour l'ajustement des droits à pension accumulés avant le mariage dans le cadre de l'évaluation des avoirs de retraite. Comme l'application de ces deux méthodes donne des valeurs différentes aux fins du calcul d'égalisation, il est souhaitable de prescrire une méthode donnée. L'état actuel du droit entraîne des différends et peut se traduire par des procédures judiciaires longues et coûteuses. L'utilisation des deux méthodes peut être justifiée et critiquée pour différentes raisons.

(Rapport de la CRDO, *op. cit.*, aux pp. 1, 84 à 87, et 147; renvois omis.)

Ces affirmations n'étaient pas le point de vue selon lequel la *Loi sur le droit de la famille* privilégie une méthode d'évaluation par rapport à une autre. De fait, elles expriment exactement la position contraire.

L'intimée prétend en outre que le par. 4(1) ne fait pas de distinction entre les différents types de biens et, partant, que les avoirs de retraite ne sauraient être évalués «différemment» d'autres biens. La Cour d'appel de l'Ontario a insisté sur ce point en soulignant (à la p. 590) que la méthode de la valeur ajoutée était [TRADUCTION] «nettement plus compatible avec la formule énoncée dans la Loi pour calculer la valeur des biens familiaux nets et avec la méthodologie employée à l'égard d'autres biens». Cependant, la loi n'exige pas que les valeurs à la date du mariage soient calculées de la

that the net family property value be calculated by subtracting the value at marriage from the value at separation. As stated above, both methods satisfy this criterion. The Court of Appeal recognized this when (at p. 590) it quoted and appeared to approve of p. 148 of the OLRC Report:

In addition, while it can be argued that the value-added method is more consistent with the procedure by which the value of other assets is adjusted for pre-marriage accruals under the *Family Law Act*, it is also true that the *pro rata* on service method complies with the adjustment requirement, albeit in a different manner, by assigning a value to accruals made during the marriage.

I therefore disagree with Justice L'Heureux-Dubé that the *Family Law Act* contains "stated requirements" (para. 138) or "clear and unambiguous wording" (para. 139) that operate to exclude the *pro rata* method.

58

It is true that the present value calculation used by the value-added method imitates the common method used in valuing other assets such as annuities or bonds. However, Ontario courts performing equalization calculations have often considered different methods when valuing unconventional assets, such as corporate goodwill or the value of a business. In *Christian v. Christian* (1991), 7 O.R. (3d) 441 (Gen. Div.), at p. 464, the goodwill attached to a husband's interest in an accounting firm was valued by taking the firm's maintainable fee revenue and applying an "appropriate" multiplier based on expert evidence. See also *Chinneck v. Chinneck*, [1995] O.J. No. 2786 (QL) (Gen. Div.), at para. 86. In *Perrier v. Perrier* (1987), 12 R.F.L. (3d) 266 (Ont. H.C.), at p. 270, the court chose to value a business using the going concern method, rather than the "shareholders' agreement" or "liquidation value" methods, because the "going concern" method was "[t]he fairest method". In none of these cases did the choice of valuation method depend on the chosen method's resem-

même façon pour différents types d'éléments d'actif; elle exige simplement que la valeur des biens familiaux nets soit calculée en soustrayant la valeur des biens à la date du mariage de leur valeur à la date de la séparation. Comme il a été indiqué précédemment, les deux méthodes respectent ce critère. C'est ce que la Cour d'appel reconnaît quand elle cite (à la p. 590) un passage de la p. 148 du Rapport de la CRDO, qu'elle paraît approuver:

[TRADUCTION] De plus, bien qu'il soit possible de prétendre que la méthode de la valeur ajoutée est plus compatible avec la façon dont la valeur d'autres biens est ajustée pour tenir compte des augmentations survenues avant le mariage pour l'application de la *Loi sur le droit de la famille*, il est également vrai que la méthode au prorata (du service) satisfait à l'obligation d'ajustement, quoique d'une manière différente, en attribuant une valeur aux augmentations survenues au cours du mariage.

Je suis donc en désaccord avec le juge L'Heureux-Dubé quand elle affirme que la *Loi sur le droit de la famille* renferme des «exigences expresses» (par. 138) ou un «texte clair et non ambigu» (par. 139) qui ont pour effet d'écarter la méthode au prorata.

Il est vrai que le calcul de la valeur actualisée effectué dans le cadre de la méthode de la valeur ajoutée imite la méthode usuelle d'évaluation d'autres biens telles les rentes ou les obligations. Toutefois, les tribunaux ontariens appelés à faire des calculs d'égalisation ont souvent eu recours à d'autres méthodes pour évaluer des biens inhabituels, comme la valeur d'une clientèle ou celle d'une entreprise. Dans l'affaire *Christian c. Christian* (1991), 7 O.R. (3d) 441 (Div. gén.), à la p. 464, la clientèle afférente à l'intérêt du mari dans un cabinet d'experts-comptables a été évaluée en appliquant aux honoraires représentatifs un multiplicateur «approprié» fondé sur une preuve d'expert. Voir aussi l'affaire *Chinneck c. Chinneck*, [1995] O.J. No. 2786 (QL) (Div. gén.), au par. 86. Dans *Perrier c. Perrier* (1987), 12 R.F.L. (3d) 266 (H.C. Ont.), à la p. 270, la cour a décidé d'évaluer une entreprise au moyen de la méthode fondée sur la valeur d'exploitation plutôt que sur la méthode fondée sur la [TRADUCTION] «convention des actionnaires» ou la «valeur de liquidation», parce

blance to methods used in valuing other types of property. Thus, contrary to the assertions of L'Heureux-Dubé J., the lump-sum present value method is not "the method to which the legislature has subjected all other assets" (para. 147), nor must courts "apply one method of calculation across the board" (para. 153).

The respondent relied on s. 4(4) of the *Family Law Act*, which requires that an asset's value on a particular date be calculated "as of close of business on that date". In my opinion, this innocuous provision is aimed at facilitating valuation of volatile assets like securities, commodities or perhaps real estate, the value of which can change significantly from minute to minute. The respondent, however, read s. 4(4) to require the use of a lump-sum present value method of valuation. I disagree with this strained reading. The *pro rata* method unquestionably provides a value for the pension as of the date of marriage. If there is ever a dispute that the pension's value as of the close of business is different from the pension's value as of 9 a.m. on the date of marriage, I assume that actuaries will make the appropriate adjustment. Since no such dispute exists here, s. 4(4) is irrelevant to this case.

The *Family Law Act* does not require that all property be stretched to fit one valuation method without regard to the fact that different types of assets may accumulate value in different ways. If proper consideration for the nature of a defined benefit pension suggests that a different method should be used to determine its value, the statute does not preclude it.

Because of the many contingencies involved in any effort to value a pension before it is "in pay", all valuation methods will involve some degree of artificiality. The expert witnesses in this case con-

que la première était «[l]a méthode la plus équitable». Dans aucune de ces affaires le choix de la méthode d'évaluation n'a reposé sur la similitude entre la méthode choisie et celles employées pour évaluer d'autres types de biens. Par conséquent, contrairement aux affirmations du juge L'Heureux-Dubé, la méthode de la valeur actualisée globale n'est pas «la méthode à laquelle la législature a assujéti tous les autres biens» (par. 147), et les tribunaux ne sont pas tenus «d'appliquer une seule méthode de calcul à tous les cas» (par. 153).

L'intimée a invoqué le par. 4(4) de la *Loi sur le droit de la famille*, qui exige que la valeur d'un bien à une date donnée soit calculée «à la fermeture des bureaux à cette date». À mon avis, cette disposition anodine vise à faciliter l'évaluation de biens dont la valeur est volatile et peut fluctuer considérablement d'une minute à l'autre, par exemple les valeurs mobilières, les denrées et peut-être les biens immobiliers. Toutefois, l'intimée considère que le par. 4(4) exige le recours à une méthode d'évaluation fondée sur la valeur actualisée globale. Je ne suis pas d'accord avec cette interprétation forcée. La méthode au prorata permet incontestablement d'obtenir la valeur de la pension à la date du mariage. Si jamais on prétendait que la valeur d'une pension à la fermeture des bureaux à la date du mariage est différente de sa valeur à 9 h ce jour-là, je suppose que les actuaires feraient l'ajustement qui s'impose. Comme il n'existe aucun différend de cette nature en l'espèce, le par. 4(4) n'est pas pertinent.

La *Loi sur le droit de la famille* n'exige pas que l'on fasse l'impossible pour appliquer une seule et même méthode d'évaluation à tous les biens, sans tenir compte du fait que différents types de biens peuvent prendre de la valeur de différentes façons. S'il ressort de l'examen de la nature d'une pension à prestations déterminées qu'une autre méthode d'évaluation devrait être utilisée pour en établir la valeur, la loi n'interdit pas de le faire.

En raison des nombreux aléas dont il faut tenir compte dans toute tentative d'évaluation d'une pension avant qu'elle ne soit «en cours de paiement», toutes les méthodes d'évaluation sont artifi-

59

60

61

ceded as much during their testimony. The respondent's statement that the *pro rata* method "constructs" an "arbitrary" marriage value neglects the fact that all pre-retirement pension valuations rest on speculative assumptions. One such assumption is whether a lump-sum present value method provides an accurate model for the increase in a pension's value over time. The value-added method assumes it does, the *pro rata* method assumes it does not. Absent clear legislative direction, I am loath to conclude that the *pro rata* method, which enjoys the *imprimatur* of the actuarial profession, must be ruled out because it rests on a different assumption from another method.

cielles jusqu'à un certain point. Les témoins experts ont reconnu ce fait durant leur témoignage dans la présente affaire. L'affirmation de l'intimée selon laquelle la méthode au prorata «fixe» une valeur «arbitraire» à la date du mariage fait abstraction du fait que toute évaluation d'une pension avant la retraite repose sur des hypothèses. L'une de ces hypothèses est celle de savoir si la méthode de la valeur actualisée globale constitue une mesure précise de l'augmentation de la valeur d'une pension avec le temps. La méthode de la valeur ajoutée présume l'affirmative, alors que la méthode au prorata présume le contraire. En l'absence de directives claires du législateur, je répugne à conclure que la méthode au prorata, qui jouit de l'aval de la profession actuarielle, doit être écartée parce qu'elle repose sur une hypothèse qui est différente de celle sur laquelle repose une autre méthode.

62

In light of the statute's silence on the specific issue of valuation, the appellant argued that the pension asset should be valued according to the method that created the most equitable distribution of property. The appellant based this argument in the general purpose of the Act, with reference to the preamble's emphasis on an "orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership". Ontario courts have noted that the *Family Law Act's* silence regarding valuation methods requires courts to apply principles of equity and fairness. The comments of Walsh J. in *Rawluk v. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704 (H.C.), at p. 709, are *à propos*:

While the Act speaks of value, it contains no definition of that term nor, indeed, guidelines of any kind to assist in the determination of its meaning other than the provision contained in s. 4(4) that when value is required to be calculated as of a given date, it shall be calculated as of close of business on that date. Absent any statutory direction, "value" must then be determined on the peculiar facts and circumstances as they are found and developed on the evidence in each individual case.

In affirming Walsh J.'s use of the remedy of constructive trust, Cory J., writing for a majority of

Vu le silence du législateur sur la question précise de l'évaluation, l'appelant prétend que l'avoir de retraite devrait être évalué au moyen de la méthode qui produit le partage des biens le plus équitable. L'appelant fonde cet argument sur l'objectif général de la Loi, en se référant à l'importance accordée dans le préambule au «règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société». Les tribunaux ontariens ont souligné que le silence de la *Loi sur le droit de la famille* en ce qui concerne les méthodes d'évaluation les oblige à appliquer des principes d'équité et de justice. Les commentaires suivants du juge Walsh, dans l'affaire *Rawluk c. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704 (H.C.), à la p. 709, sont *à-propos*:

[TRADUCTION] Bien que la Loi parle de valeur, elle ne définit pas ce terme et, en fait, elle ne fournit aucune indication aidant à en dégager le sens, si ce n'est la disposition du par. 4(4) qui précise que, lorsqu'il faut calculer la valeur à une date donnée, cette valeur est calculée à la fermeture des bureaux ce jour-là. Faute de directives du législateur, la «valeur» doit alors être calculée en fonction des circonstances et des faits particuliers qui ressortent de la preuve dans une affaire donnée.

Confirmant la décision du juge Walsh de recourir à la fiducie par interprétation, le juge Cory, qui a

this Court, emphasized the remedy's importance in achieving "a division of property that is as just and equitable as possible". See *Rawluk v. Rawluk*, [1990] 1 S.C.R. 70, at p. 97 (emphasis added). In *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, Wilson J. noted, at p. 836, that the general purpose of matrimonial property statutes was to "effect the adjustment of property in an equitable manner".

In the particular setting of pension valuation, a number of Ontario courts have also applied equitable principles in choosing a valuation method. Two cases have expressly adopted the termination *pro rata* method because the court concluded that it produced a fairer result. See *Valenti v. Valenti* (1996), 21 R.F.L. (4th) 246 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 256, and *Deane v. Deane* (1995), 14 R.F.L. (4th) 55 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 76-78; see also *Miller v. Miller* (1987), 8 R.F.L. (3d) 113 (Ont. Dist. Ct.), at p. 123.

The court in *Shafer v. Shafer* (1996), 25 R.F.L. (4th) 410 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 428-29, used the value-added method but noted that the statute did not require it. Although the respondent cites cases holding that the statute required use of the value-added method, these cases generally rely on the reasons of the trial court or the Ontario Court of Appeal in this case. See *Beaudoin v. Beaudoin*, [1997] O.J. No. 5504 (QL) (Gen. Div.), at para. 33; *Patrick v. Patrick* (1997), 34 R.F.L. (4th) 228 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 231; *Spinney v. Spinney*, [1996] O.J. No. 1869 (QL) (Gen. Div.), at para. 16; *Munro v. Munro*, [1995] O.J. No. 1769 (QL) (Gen. Div.), at para. 15; *Rusticus v. Rusticus*, [1995] O.J. No. 516 (QL) (Gen. Div.), at paras. 50-51.

I am of the opinion that the *Family Law Act*, on its face, does not state any rule indicating a preference for the value-added method over the *pro rata* method or vice versa. This legislative silence means that the appellant's defined benefit pension

rédigé les motifs des juges majoritaires de la Cour, a souligné l'importance de l'utilisation de cette réparation pour effectuer «un partage des biens qui soit le plus juste et le plus équitable possible». Voir *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 1 R.C.S. 70, à la p. 97 (je souligne). Dans *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, le juge Wilson a indiqué, à la p. 836, que l'objectif général des lois sur les biens matrimoniaux est de «répartir les biens d'une manière équitable».

Dans le contexte particulier de l'évaluation des pensions, un certain nombre de tribunaux ontariens ont également appliqué des principes fondés sur l'équité pour choisir une méthode d'évaluation. Dans deux affaires, le tribunal a expressément adopté la méthode au prorata à la cessation d'emploi, concluant qu'elle produisait un résultat plus équitable. Voir *Valenti c. Valenti* (1996), 21 R.F.L. (4th) 246 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 256, et *Deane c. Deane* (1995), 14 R.F.L. (4th) 55 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 76 à 78; voir aussi *Miller c. Miller* (1987), 8 R.F.L. (3d) 113 (C. dist. Ont.), à la p. 123.

Dans *Shafer c. Shafer* (1996), 25 R.F.L. (4th) 410 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 428 et 429, le tribunal a employé la méthode de la valeur ajoutée, soulignant toutefois que la loi ne l'y obligeait pas. Bien que l'intimée invoque des décisions dans lesquelles il a été jugé que la loi exige l'utilisation de la méthode de la valeur ajoutée, ces décisions s'appuient généralement sur les motifs exposés par le tribunal de première instance ou la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire qui nous occupe. Voir *Beaudoin c. Beaudoin*, [1997] O.J. No. 5504 (QL) (Div. gén.), au par. 33; *Patrick c. Patrick* (1997), 34 R.F.L. (4th) 228 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 231; *Spinney c. Spinney*, [1996] O.J. No. 1869 (QL) (Div. gén.), au par. 16; *Munro c. Munro*, [1995] O.J. No. 1769 (QL) (Div. gén.), au par. 15; *Rusticus c. Rusticus*, [1995] O.J. No. 516 (QL) (Div. gén.), aux par. 50 et 51.

Je suis d'avis que le texte de la *Loi sur le droit de la famille* n'énonce aucune règle indiquant une préférence pour la méthode de la valeur ajoutée par rapport à la méthode au prorata, ou vice-versa. Le silence du législateur signifie que le calcul de la

63

64

65

must be valued according to the method that values the pension most equitably.

#### (4) Equitable Concerns

66

The Court's duty is to determine which valuation method most fairly apportions the pension's value to the pre-marital and marital periods. This fairness analysis should not be result-driven. The appellant argued the unfairness of the value-added method by showing that it apportioned 88 percent of the pension's value to a period of marriage that constituted only 37 percent of the years of service. While this fact is relevant, it is not sufficient to carry the day. It is possible for an asset to increase slowly in value and then rise dramatically in a short period of time. It would be inequitable to deprive the respondent of her share of the good fortune that arose during the course of the marriage. The Court should decide which valuation method most nearly describes how the defined benefit pension's value varied over time, with proper regard for the nature of the asset itself.

67

At this point, it is worthwhile to recall the difference between a defined benefit pension and a defined contribution pension. The value of a defined contribution pension is directly related to the contributions made by the employer and, if applicable, the employee. Each contribution is used to purchase investment assets; the greater the contribution, the more investments are purchased, the greater the final pension benefit. It is obvious that a defined contribution pension increases in value more quickly when contributions are of greater value. Furthermore, because a defined contribution pension is essentially an investment account, the contents of which will be used to purchase a pension annuity at retirement, the value of that pension annuity necessarily tracks the value of the assets in the pension account, including increases owing to investment return. It stands to reason that growth of the pension's value can be represented in the same way as growth in the value

valeur de la pension à prestations déterminées de l'appelant doit être fait au moyen de la méthode qui l'évalue le plus équitablement possible.

#### (4) Considérations relatives à l'équité

Il incombe à la Cour de déterminer quelle est la méthode d'évaluation qui répartit le plus équitablement la valeur de la pension entre la période antérieure au mariage et la période du mariage elle-même. Cette analyse fondée sur l'équité ne devrait pas être axée sur les résultats. L'appelant affirme que la méthode de la valeur ajoutée est inéquitable parce qu'elle attribue 88 p. 100 de la valeur de la pension à la période du mariage, qui représente seulement 37 p. 100 des années de service. Quoique ce fait soit pertinent, il n'est pas suffisant pour permettre à l'appelant d'avoir gain de cause. Il est possible que la valeur d'un bien progresse lentement, puis soudain augmente de façon spectaculaire sur une courte période. Il serait inéquitable de priver l'intimée de sa part de la bonne fortune survenue au cours du mariage. La Cour doit décider quelle méthode d'évaluation décrit le plus exactement la façon dont la valeur de la pension à prestations déterminées a évolué au fil des ans, en tenant dûment compte de la nature du bien lui-même.

Il convient, à ce stade-ci, de rappeler la différence qui existe entre une pension à prestations déterminées et une pension à cotisations déterminées. La valeur d'une pension à cotisations déterminées est directement liée à la cotisation versée par l'employeur et, s'il y a lieu, par l'employé. Chaque cotisation sert à acheter des placements; plus la cotisation est élevée, plus on achète de placements et plus la prestation de retraite finale est élevée. Il est évident que plus les cotisations sont élevées, plus la valeur d'une pension à cotisations déterminées croît rapidement. En outre, comme une pension à cotisations déterminées est essentiellement un compte de placement dont le contenu servira à acheter une rente à la retraite, la valeur de cette rente suit nécessairement la valeur des éléments d'actif dans le compte de retraite, y compris les hausses dues au rendement du capital. Il va de soi que l'accroissement de la valeur de la pension peut être représenté de la même façon que l'ac-

of the investment assets. As a result, valuation of defined contribution pensions does not pose the problems encountered here. It is simply a matter of looking at the pension account statement for the date of marriage and the date of separation. See generally OLRG Report, *supra*, at p. 84, n. 3.

In contrast, an employee's interest in a defined benefit pension is not tied to specific pension assets or to the amount of contributions. The pension benefit formula in this case fixed the benefit with reference to years of service and the highest salaries earned. I therefore believe the trial judge confused the issue when (at pp. 140-41) he related the value of a year's membership in a defined benefit plan to the value of employee contributions during that year. Unlike an interest in a defined contribution plan, the ultimate annualized benefit paid to an employee under a defined benefit plan is unrelated to the size of contributions or rate of return on investment.

It is therefore far from self-evident that the increase in value of an interest in a defined benefit pension plan should be modelled after the increase in value of a defined contribution plan or an investment asset. This is a major weakness of the value-added method advocated by the respondent. The value-added method treats a defined benefit pension as a lump-sum investment that grows in value at an adjusted rate based on the prevailing risk-free rate of return. Because this produces a compounding effect, the value-added method assigns a greater portion of the pension's growth to the latter years before the valuation date. This assignment of value, however, is totally unrelated to any actual change in the value of the pension.

This is highlighted by an example. Suppose the appellant had actually terminated his employment on the date of marriage, and that, at that time, he

croissement de la valeur des placements. En conséquence, l'évaluation des pensions à cotisations déterminées ne soulève pas les problèmes qui se posent en l'espèce. Il suffit de regarder les relevés de compte de la pension à la date du mariage et à la date de la séparation. Voir, en général, le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 84, n. 3.

En revanche, l'intérêt que possède un employé dans une pension à prestations déterminées n'est pas lié à des avoirs de retraite particuliers ni au montant des cotisations. La formule de calcul de la prestation dans la présente espèce fixe la prestation en fonction du nombre d'années de service et des meilleurs salaires gagnés. Par conséquent, je crois que le juge de première instance n'a pas bien saisi la question (aux pp. 140 et 141) lorsqu'il a rattaché la valeur de la participation à un régime de retraite à prestations déterminées au cours d'une année à la valeur des cotisations versées par l'employé durant l'année en question. Contrairement à un intérêt dans un régime à cotisations déterminées, la prestation annualisée versée en bout de ligne à un employé dans le cadre d'un régime à prestations déterminées n'est pas liée au montant des cotisations ou au taux de rendement du capital investi.

Il est donc loin de tomber sous le sens que l'augmentation de valeur d'un intérêt dans un régime de retraite à prestations déterminées devrait être mesurée de la même façon que l'augmentation de valeur d'un régime à cotisations déterminées ou d'un placement. C'est là une lacune importante de la méthode de la valeur ajoutée préconisée par l'intimée. En effet, cette méthode traite une pension à prestations déterminées comme un placement global dont la valeur augmente suivant un taux rajusté fondé sur le taux de rendement hors risque en vigueur. En raison de l'effet de capitalisation qui s'ensuit, la méthode de la valeur ajoutée attribue une part plus importante de l'accroissement de valeur aux dernières années qui précèdent la date d'évaluation. Toutefois cette attribution de valeur n'est liée d'aucune façon à quelque changement concret de la valeur de la pension.

Voici un exemple qui permet d'illustrer cet énoncé. Supposons que l'appelant ait effectivement cessé de travailler à la date du mariage,

68

69

70

had 20 years of service and the average of his five best-paid salaries was (hypothetically) \$60,000. Under the benefit formula, he would have earned an annual pension benefit of \$24,000 (2 percent x 20 x \$60,000). Twelve years later, at the date of separation, since he had quit his job and not accumulated any more years of service or reached a higher salary level, his annualized pension benefit would still be \$24,000. (The effect of pre-retirement indexing is ignored for purposes of simplicity.) Common sense would suggest that, since the interest in the pension has not changed over the course of the marriage, none of it should be considered “net family property” for equalization purposes.

qu’il avait alors accumulé 20 années de service et que le traitement moyen de ses cinq années les mieux rémunérées s’élevait (hypothétiquement) à 60 000 \$. Selon la formule de calcul de la prestation, l’appelant aurait acquis une prestation de retraite annuelle de 24 000 \$ (2 p. 100 x 20 x 60 000 \$). Douze ans plus tard, à la date de la séparation, sa prestation de retraite annuelle serait encore de 24 000 \$, puisqu’il a quitté son emploi et qu’il n’a pas accumulé d’autres années de service ni vu son salaire augmenter. (Par souci de simplicité, cet exemple ne tient pas compte de l’effet de l’indexation pré-retraite.) Le bon sens voudrait que, puisque l’intérêt dans la pension n’a pas changé pendant la durée du mariage, il ne soit aucunement pris en compte dans les «biens familiaux nets» aux fins du calcul d’égalisation.

71

Under the value-added method, however, the actuary would calculate (a) the lump sum that, if invested in risk-free assets on the date of separation, would produce an annual income of \$24,000 at retirement. Assume the applicable discount rate and actuarial assumptions yielded a present value at separation of \$100,000. Then the actuary would determine (b) the lump sum that, if invested in risk-free assets on the date of marriage, would produce the same stream of income (\$24,000 annually) beginning on the date of retirement. Discounting \$100,000 over the 12-year marriage period at a 3 percent interest rate yields a present value on the date of marriage of \$70,138. Under the value-added method, the difference between the values of (a) and (b) — in the example, \$100,000 minus \$70,138, i.e. \$29,862 — will be considered “net family property”. This is so even though the annualized benefit to be paid — which is a defined benefit pension’s only meaningful value — did not change at all after the marriage. The result is that the employee spouse (here, the appellant) must equalize a growth in assets that did not actually take place. I do not see any equity in that result.

Selon la méthode de la valeur ajoutée, toutefois, l’actuaire calculerait a) la somme globale qui, investie dans des éléments d’actif sans risque à la date de la séparation, produirait un revenu annuel de 24 000 \$ à la retraite. Supposons que le taux d’actualisation et les hypothèses actuarielles applicables donnent une valeur actualisée à la séparation de 100 000 \$. L’actuaire calculerait ensuite b) la somme globale qui, investie dans des éléments d’actif sans risque à la date du mariage, donnerait le même flux de revenu (24 000 \$ annuellement) à la date du départ à la retraite. L’actualisation de la somme de 100 000 \$ sur les 12 années de mariage à un taux d’intérêt de 3 p. 100 donne une valeur actualisée à la date du mariage de 70 138 \$. Suivant la méthode de la valeur ajoutée, la différence entre les valeurs a) et b) — dans notre exemple, 100 000 \$ moins 70 138 \$, soit 29 862 \$ — sera considérée comme faisant partie des «biens familiaux nets». Il en est ainsi même si la prestation annualisée qui sera versée — qui est la seule valeur significative d’une pension à prestations déterminées — n’a subi aucun changement après le mariage. Il s’ensuit que le conjoint participant (en l’espèce, l’appelant) doit tenir compte, au titre de l’égalisation, de la plus-value d’un bien qui ne s’est pas produite dans les faits. L’équité de ce résultat m’échappe.

The respondent argued that a pension does have a higher value later in life than it does earlier on, even if the numerical value of the benefit remains unchanged. The respondent maintained that the promise of a pension takes on greater importance as an employee approaches retirement age, and submitted that the proximity of a pension has a significant impact on the way older married couples plan their lives and structure their finances, whereas it may have no impact at all on the decisions of younger couples. I do not think this consideration is relevant. All assets owned by a married couple become more important as the couple grows older and the time to plan for retirement diminishes. But to say that a subjective feeling that an asset is “worth more” at age 60 than at age 30 translates into an objective increase in value to be reflected in an equalization calculation is unrealistic. While an annuity is a greater comfort at the separation date than it was at the marriage date, this fact does not justify treating it as an asset that grew at an investment rate over the course of the marriage. Such treatment simply penalizes the employee spouse for the inexorable fact that time has passed.

On a similar note, the value-added method’s subtraction of two present values raises the added problem of constant dollars. It is fairly plain that, owing to inflation, a dollar in 1976 purchased substantially more than a dollar in 1988. As a result, amounts having the same real value in constant dollars will have a smaller numerical value when expressed in 1976 dollars than in 1988 dollars. The value-added method does not appear to account for this difference; instead, it subtracts the 1976 figure directly from the inflated 1988 figure. See, e.g., Patterson, *Pension Division and Valuation*, *supra*, at p. 163. The result is that all the inflation occurring between 1976 and 1988 on the pension’s total value — even on the portion earned prior to 1976 — is treated as a “gain” in value during the period of marriage. This “gain” is another consequence of the value-added method’s use of

L’intimée affirme que la valeur d’une pension est effectivement plus élevée en fin de carrière qu’au début de celle-ci, même si la valeur numérique de la prestation demeure inchangée. L’intimée prétend que la promesse d’une pension revêt une importance plus grande à mesure que l’employé approche de l’âge de la retraite, et elle soutient que la proximité du début de la pension a un effet important sur la façon dont les couples mariés âgés planifient leur vie et organisent leurs finances, alors qu’il est possible que ce facteur n’ait aucune incidence sur les décisions des jeunes couples. Cette considération n’est pas pertinente à mon avis. Tous les biens que possède un couple marié deviennent plus importants à mesure que le couple vieillit et que le temps dont il dispose pour planifier leur retraite diminue. Cependant, il est irréaliste d’affirmer que l’impression subjective qu’un élément d’actif «vaut davantage» à 60 ans qu’à 30 ans se traduit par une augmentation objective de valeur qui doit se refléter dans le calcul d’égalisation. Bien qu’une rente soit un plus grand réconfort à la date de la séparation qu’à la date du mariage, ce fait ne justifie pas de la considérer comme un bien dont la valeur a augmenté à un taux de rendement interne pendant la durée du mariage. Pareil traitement ne fait que pénaliser le conjoint participant pour le fait inexorable que le temps a passé.

Dans le même ordre d’idées, la soustraction de deux valeurs actualisées selon la méthode de la valeur ajoutée pose le problème supplémentaire des dollars constants. Il est assez évident que, en raison de l’inflation, le pouvoir d’achat d’un dollar était beaucoup plus grand en 1976 qu’en 1988. En conséquence, des sommes qui ont la même valeur réelle en dollars constants auront une valeur numérique moins élevée quand on les exprime en dollars de 1976 plutôt qu’en dollars de 1988. La méthode de la valeur ajoutée ne semble pas tenir compte de cette différence; elle retranche plutôt directement la somme en dollars de 1976 du chiffre en dollars courants de 1988. Voir, par exemple, Patterson, *Pension Division and Valuation*, *op. cit.*, à la p. 163. Il s’ensuit que l’effet de l’inflation entre 1976 et 1988 sur la valeur totale de la pension — même sur la portion acquise avant 1976 —

capitalized values, and does not reflect any real change in the value of the pension benefit over the time that the appellant and the respondent were married.

74

Another problem afflicting the value-added method as used in this case is the use of a different retirement age assumption in determining the value at marriage than is used for determining the value at separation. In valuing the pension at the date of separation, Rutherford J. chose an assumed retirement age of 57.4 years (the appellant challenged this decision, and it is dealt with in Section 5 below). However, in valuing the pension at the date of marriage, Rutherford J. adopted the respondent's actuary's use of a retirement age of 65. This different retirement age created a double reduction in the marriage value. First, it reduced the pension's present value at retirement because it contemplated that the pension would be paid out for 7.6 fewer years than if the appellant had retired at age 57.4. Second, it lengthened the discounting period for the date of marriage value: the first pension payment was discounted back from the year 2000 (when the appellant would be 65) instead of from 1992 (when he was 57.4).

75

The Court is at a disadvantage in evaluating the reason for choosing a retirement age of 65 in calculating the date of marriage value. The trial judge and the Court of Appeal did not address this, and neither did the respondent's submissions in this Court. Judging from the testimony of the respondent's actuary, the retirement age of 65 appeared to derive from the fact that, had the appellant terminated his employment on the date of marriage, he would not have satisfied the requirements of the "rule of 90" early retirement provision and could not have retired before the usual age of 65.

est traité comme une «plus-value» survenue pendant la durée du mariage. Cette «plus-value» est une autre conséquence de l'utilisation de valeurs capitalisées dans le cadre de la méthode de la valeur ajoutée, et elle ne reflète aucun changement véritable dans la valeur de la prestation de retraite pendant la période où l'appelant et l'intimée ont été mariés.

Un autre problème qui caractérise la manière dont la méthode de la valeur ajoutée a été utilisée dans le présent cas est le fait qu'on se soit servi d'hypothèses différentes quant à l'âge du départ à la retraite pour calculer la valeur de la pension à la date du mariage et sa valeur à la date de la séparation. Pour évaluer la pension à la date de la séparation, le juge Rutherford a choisi un âge de retraite présumé de 57,4 ans (l'appelant conteste cette décision, qui est examinée plus loin à la section 5). Toutefois, pour évaluer la pension à la date du mariage, le juge Rutherford a retenu l'âge de retraite de 65 ans adopté par l'actuaire de l'intimée. Cet âge de retraite différent a réduit de deux façons la valeur de la pension à la date du mariage. Premièrement, il a réduit la valeur actualisée de la pension à la retraite en ce sens que la pension serait versée pendant 7,6 années de moins que si l'appelant avait pris sa retraite à l'âge de 57,4 ans. Deuxièmement, il a prolongé la période d'actualisation pour le calcul de la valeur de la pension à la date du mariage: le premier versement a été actualisé à l'an 2000 (lorsque l'appelant aura 65 ans) plutôt qu'à 1992 (lorsqu'il avait 57,4 ans).

La Cour est désavantagée pour l'appréciation de la raison pour laquelle l'âge de la retraite a été fixé à 65 ans aux fins du calcul de la valeur de la pension à la date du mariage. Ce point n'a été abordé ni par le juge de première instance ni par la Cour d'appel, et il ne l'a pas été non plus par l'intimée devant notre Cour. À en juger par le témoignage de l'actuaire de l'intimée, le choix de 65 ans comme âge de la retraite semble découler du fait que, si l'appelant avait cessé de travailler à la date du mariage, il n'aurait pas satisfait aux exigences prévues par la clause de retraite anticipée fondée sur «la règle des 90», et il n'aurait pas pu prendre sa retraite avant l'âge normal de 65 ans.

I do not believe that there was any reason to value the pension on the date of marriage in light of an assumption that the employee terminated employment on that date. That assumption ignored the actual economic facts that occurred during the marriage, namely that the appellant worked continuously and eventually brought himself within reach of early retirement.

It is true that there are compelling reasons not to take post-separation information into account when valuing the pension under a termination method — for instance, the notion that the non-employee spouse should not profit from the post-separation work of the employee spouse, and the concern that the employee spouse might behave strategically after the separation in order to decrease the value of the pension to be equalized. I consider the effect of these considerations in this particular case in Section 5 below. Regardless of the suitability of using post-separation evidence under a termination method, however, I do not believe there is any justification for refusing to use post-marriage evidence in calculating the date of marriage value. This is not “hindsight”, since conduct occurring between marriage and separation necessarily occurred before the date of separation. I have difficulty imagining a situation in which an employee spouse would strategically seek to postpone the retirement date through conduct prior to separation in order to reduce the pension’s present value.

The respondent might argue that the option of retiring before age 65 with an unreduced pension is itself a benefit that increased the pension’s value, and that the value of that benefit should be included in net family property because it accrued during the marriage. This argument fails because it effectively considers the pension’s value to be unaffected by the early retirement provision until the employee actually begins to qualify for the early retirement benefit. Put another way, the

Je ne crois pas qu’il y avait quelque raison que ce soit d’évaluer la pension à la date du mariage sur le fondement de l’hypothèse que l’employé avait cessé de travailler à cette date. Cette hypothèse ne tenait pas compte des faits économiques réels survenus au cours du mariage, soit que l’appelant n’a pas cessé de travailler et qu’il est finalement devenu admissible à une retraite anticipée.

Il est vrai qu’il existe des raisons impérieuses de ne pas tenir compte de renseignements postérieurs à la séparation dans l’évaluation de la pension selon la méthode de la cessation d’emploi — par exemple, l’idée que le conjoint non participant ne devrait pas profiter des fruits de la période d’emploi postérieure à la séparation du conjoint participant, et la crainte que ce dernier pourrait agir par stratégie, après la séparation, afin de diminuer la valeur de la pension visée par l’égalisation. J’examinerai l’effet de ces considérations dans le présent cas plus loin à la section 5. Indépendamment de l’opportunité d’utiliser des éléments de preuve postérieurs à la séparation dans l’application de la méthode de la cessation d’emploi, j’estime qu’il n’est pas justifié de refuser l’utilisation d’éléments de preuve postérieurs au mariage pour calculer la valeur de la pension à la date du mariage. Il ne s’agit pas de juger par rétrospective, puisque les faits et gestes d’une personne entre la date du mariage et celle de la séparation sont forcément antérieurs à la date de séparation. J’ai du mal à imaginer une situation dans laquelle un conjoint participant chercherait, à des fins stratégiques, à reporter la date de son départ à la retraite en agissant d’une certaine façon avant la séparation et ce, dans le but de réduire la valeur actualisée de sa pension.

L’intimée pourrait prétendre que la faculté de se retirer avant l’âge de 65 ans tout en recevant une pension non réduite est en soi un avantage qui augmente la valeur de la pension, et que la valeur de cet avantage devrait être comptée dans les biens familiaux nets parce qu’elle a été accumulée durant le mariage. Cet argument ne saurait être retenu, car il considère que la clause de retraite anticipée n’a pas d’incidence sur la valeur de la pension tant que l’employé n’est pas devenu dans

76

77

78

respondent would have the Court consider the early retirement benefit to have a value of zero until the employee began to satisfy the “rule of 90”.

79 Under the “rule of 90”, an employee only gains the right to retire before age 65 upon accumulation of more than 25 years of service. It is correct that the appellant met this qualification while he was married to the respondent. But it is incorrect to say that he was not earning the right to early retirement prior to that point. Each year is of equal importance in determining the employee’s satisfaction of the “rule of 90”. Had the appellant not accumulated 20 years of service prior to marriage, the early retirement benefit would not have vested, if at all, until after the separation. Those early years of service were hardly less important to the earning of the early retirement benefit than the years of service during the marriage.

80 This approach is consistent with that of the Canadian Institute of Actuaries in valuing early retirement benefits. The CIA considers that early retirement benefits may have actual value even prior to the time that the employee gains the right to retire early. See CIA Standard of Practice, *supra*, at p. 5:

Accrued benefit enhancements and grow-in ancillary benefits (such as the right to unreduced early retirement subject to total age/service combinations, and/or bridging benefits) contingent only upon future service, to the extent accrued at the valuation date, must specifically be addressed by the actuary.

The phrase “must specifically be addressed” means that the actuary must present a separately identified value of such benefits, without any discount for possible future forfeiture.

The Ontario Law Reform Commission has also adopted this position:

The Commission therefore recommends that the proposed Pension Valuation Regulations should provide

les faits admissible à la retraite anticipée. Autrement dit, l’intimée demande à la Cour de considérer que le droit à la retraite anticipée a une valeur égale à zéro tant que l’employé n’a pas satisfait à la «règle des 90».

Suivant la «règle des 90», un employé n’acquiert le droit de se retirer avant l’âge de 65 ans qu’après avoir accumulé plus de 25 années de service. Il est exact que l’appelant a rempli cette condition pendant qu’il était marié à l’intimée. Toutefois, il est faux d’affirmer qu’il n’était pas en voie d’acquérir le droit de prendre une retraite anticipée avant ce moment-là. Chaque année a une importance égale pour déterminer la mesure dans laquelle un employé satisfait à la «règle des 90». Si l’appelant n’avait pas accumulé 20 années de service avant le mariage, le droit à la retraite anticipée n’aurait été acquis, le cas échéant, qu’après la séparation. Ces premières années de service ont été tout aussi importantes pour l’acquisition du droit à la retraite anticipée que celles accumulées au cours du mariage.

Cette approche en matière d’évaluation des avantages afférents à la retraite anticipée est compatible avec celle de l’Institut canadien des actuaires. L’ICA considère que de tels avantages peuvent avoir une valeur concrète, même avant le moment où l’employé acquiert le droit à une retraite anticipée. Voir la Norme de pratique de l’ICA, *op. cit.*, aux pp. 5 et 6:

Les enrichissements aux prestations constituées et les avantages accessoires réputés acquis (par exemple le droit à une retraite anticipée sans réduction sous réserve d’une combinaison reposant sur l’âge et les années de service et (ou) les prestations de raccordement) qui ne dépendent que du service futur dans la mesure où ils sont constitués à la date de l’évaluation doivent être expressément traités par l’actuaire.

Par «doivent être expressément traités», il faut entendre que l’actuaire doit présenter une valeur définie distincte pour ces prestations, sans actualisation pour déchéance future éventuelle.

La Commission de réforme du droit de l’Ontario a elle aussi adopté ce point de vue:

[TRADUCTION] La Commission de réforme du droit de l’Ontario recommande donc que le projet de Règlement

that, where a pension plan contains a provision for an early retirement benefit payable to a member on an unreduced basis once certain vesting requirements are met, such a benefit should be valued on the following basis:

- (a) vesting of the unreduced early retirement benefit should be assumed for the purposes of pension valuation, and
- (b) a discount for the possibility that plan membership will terminate prior to the member meeting the vesting requirements should be applied.

See OLRC Report, *supra*, at p. 123. The statements of the CIA and OLRC support the view that early retirement benefits that are contingent on years of service should not be viewed as obtaining value only once they are vested. They are continuously earned over the course of the employee's service. This view is particularly justified in this case, where it was known prior to separation that the appellant actually became eligible for early retirement. As a result, I do not think that the trial judge and the Court of Appeal were justified in using a higher retirement age to value the pension at the date of marriage.

This argument, apart from highlighting a weakness of the value-added method as applied in this case, dovetails with the appellant's argument in favour of the *pro rata* method. The appellant argued that, under the benefit formula, the most important factor in calculating the value of his pension is the number of his years of service. The benefit formula incorporates years of service directly, so that each additional year of service effectively increases the annual pension benefit by 2 percent of the average of the best five years' earnings. If the "five best salaries" term does not change, each year of service increases the pension benefit by an equal amount. In this respect, an employee's earlier years as a member of the plan are just as valuable as the later years. See *Ramsay*

sur l'évaluation des rentes de retraite devrait prévoir que lorsque, selon un régime de retraite, une prestation de retraite anticipée est payable à un participant, sans réduction, après que certaines conditions d'acquisition sont remplies, cette prestation sera évaluée selon la méthode suivante:

- (a) on présumera, aux fins de l'évaluation de la rente, l'acquisition de la prestation non réduite de retraite anticipée, et
- (b) on appliquera une réduction pour tenir compte de l'éventualité d'une cessation de l'affiliation du participant au régime avant que le participant ne réponde aux conditions d'acquisition.

Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 123. Ces énoncés de l'ICA et de la CRDO appuient le point de vue selon lequel les avantages afférents à la retraite anticipée qui sont fonction des années de service ne doivent pas être considérés comme prenant de la valeur uniquement une fois qu'ils ont été acquis. Ils sont acquis progressivement durant les années de service de l'employé. Ce point de vue est particulièrement justifié dans le présent cas, où l'on savait avant la séparation que l'appelant était effectivement admissible à une retraite anticipée. En conséquence, je ne crois pas que le juge de première instance et la Cour d'appel étaient fondées à utiliser un âge de départ à la retraite plus élevé pour évaluer la pension à la date du mariage.

En plus de faire ressortir une lacune de la méthode de la valeur ajoutée telle qu'elle s'applique au cas qui nous occupe, cet argument concorde avec celui présenté par l'appelant en faveur de l'utilisation de la méthode au prorata. Ce dernier soutient que, selon la formule de calcul de la prestation, le facteur le plus important dans le calcul de la valeur de sa pension est le nombre d'années de service qu'il a accumulées. La formule de calcul de la prestation incorpore les années de service directement, de sorte que chaque année de service supplémentaire augmente effectivement la prestation de retraite annuelle de 2 p. 100 du traitement moyen des cinq années les mieux rémunérées. Si la condition fondée sur les «cinq années les mieux rémunérées» ne change pas, chaque année de service augmente la prestation de retraite d'un montant égal. À cet égard, les premières années de service d'un employé qui par-

v. *Ramsay* (1994), 1 R.F.L. (4th) 447 (Sask. Q.B.), at p. 453.

ticipe au régime ont tout autant de valeur que les dernières. Voir *Ramsay c. Ramsay* (1994), 1 R.F.L. (4th) 447 (B.R. Sask.), à la p. 453.

82

I agree with the appellant that the *pro rata* method reflects this aspect of his defined benefit pension. By averaging the pension's present value over each year of service, the *pro rata* method incorporates the fact that the true value of the defined benefit plan — namely, the benefit itself — increased at a constant (or arithmetic) rate with the passage of time, not along a growth curve (or geometric rate). The *pro rata* method accurately takes account of the pension's nature as a future asset, instead of misleadingly treating it as a present asset with a lump-sum value that increased at the rates of inflation and return on risk-free investments.

Je conviens avec l'appelant que la méthode au prorata reflète cet aspect de sa pension à prestations déterminées. En répartissant la valeur actualisée de la pension sur chaque année de service, la méthode au prorata tient compte du fait que la valeur véritable du régime de retraite à prestations déterminées — c'est-à-dire la prestation elle-même — augmente à un taux constant (ou taux arithmétique) à mesure que le temps passe, et non pas suivant une courbe de croissance (ou taux géométrique). La méthode au prorata rend compte fidèlement de la nature de la pension en tant qu'élément d'actif futur, au lieu de la considérer à tort comme un élément d'actif courant, auquel on peut attribuer une valeur globale qui augmente en fonction du taux d'inflation et du taux de rendement de placements sans risque.

83

The respondent objected that the *pro rata* method is unfair because it does not reflect the impact of salary increases, which occur at fixed points in time and can significantly affect the pension's value. Instead, the *pro rata* method treats the factor of the "average of five best years' salary" as constant over the entire period of pensionable service. Because the highest-salaried years tend to be the later ones close to the separation date, the value assigned to earlier years under the *pro rata* method effectively credits earlier years with the value of higher salaries earned in later years. The respondent maintained that this is unfair, especially as applied in this case, where there is substantial premarital service. By attributing a significant portion of salary increases earned during the marriage to the pre-marital years, the *pro rata* method arguably undervalued net family property inequitably.

L'intimée objecte que la méthode au prorata est inéquitable parce qu'elle ne reflète pas l'effet des augmentations de salaire, qui surviennent à des moments précis dans le temps et peuvent influencer sensiblement la valeur de la pension. La méthode au prorata considère plutôt que le facteur fondé sur le «salaire moyen des cinq années les mieux rémunérées» a un effet constant pendant toute la période de service ouvrant droit à pension. Comme les années les mieux rémunérées sont habituellement les années en fin de carrière, plus proches de la date de la séparation, la valeur attribuée aux premières années par la méthode au prorata attribue effectivement aux premières années la valeur des salaires plus élevés qui sont gagnés plus tard. L'intimée affirme que c'est injuste, surtout dans son cas, vu les nombreuses années de service accumulées par l'appelant avant le mariage. En attribuant une portion importante des augmentations de salaire accordées au cours du mariage aux années antérieures au mariage, il est possible de prétendre que la méthode au prorata sous-évalue de manière inéquitable les biens familiaux nets.

84

Although it is true that salary increases do occur at fixed points in time and can be clearly separated out as occurring before or during the marriage, the

Bien qu'il soit vrai que les augmentations de salaire surviennent à des moments précis dans le temps et qu'on peut clairement séparer celles sur-

Court should consider the particular role that salary increases play in the appellant's defined benefit pension. In a defined contribution pension, a salary increase generally means an increase in contributions, which increases the assets held in the pension account. In a "career earnings" defined benefit plan, the salary earned in each individual year determines a portion of the final benefit, so changes in salary from year to year make a significant difference. In both cases, a year in which the employee's salary increased truly does make a higher contribution to the pension benefit than the foregoing years. But in a "best earnings" plan like the appellant's, a salary increase not only increases the value of the year in which it occurred, but also the value that was earned in all past years of service. As was stated above, each year of service adds 2 percent of the average of the five highest-salaried years, regardless of when those best-paid years occur. Thus, if an employee suffers a reduction in salary late in his or her career, for any reason, the pension benefit remains unaltered. The effect of a salary increase in a "best earnings" defined benefit pension is not limited to the particular year in which it occurred, but extends over the entire period of service.

The respondent's view of salary increases rests once again on the implicit premise that, in valuing the pension on the date of marriage, the Court should assume that the appellant terminated employment on that date. As noted above, there is no principled reason to ignore information that is definitively known at the time of separation in calculating the date of marriage value. Calculating the benefit accrued at marriage based on only the five best salaries earned up to the marriage date is turn-

venues avant le mariage et celles survenues pendant celui-ci, la Cour devrait examiner le rôle particulier joué par les augmentations de salaire dans le régime de pension à prestations déterminées de l'appellant. Dans un régime de pension à cotisations déterminées, une hausse du salaire se traduit généralement par une hausse des cotisations, qui à son tour entraîne l'augmentation des éléments d'actif détenus dans le compte de retraite. Étant donné que, dans un régime de retraite à prestations déterminées «salaires de carrière», le salaire gagné au cours d'une année donnée détermine une partie de la prestation finale, les variations salariales d'une année à l'autre font une grande différence. Dans les deux cas, une année au cours de laquelle on hausse le salaire d'un employé augmente vraiment davantage la valeur de la prestation que ne le font les années antérieures. Toutefois, dans un régime «salaire maximal moyen» comme celui de l'appellant, une hausse de salaire augmente non seulement la valeur de l'année au cours de laquelle elle survient, mais aussi la valeur acquise au cours de toutes les années de service antérieures. Comme il a été mentionné plus tôt, chaque année de service ajoute 2 p. 100 du traitement moyen des cinq années les mieux rémunérées, peu importe quand surviennent ces cinq années. Par conséquent, si un employé subit, pour quelque raison que ce soit, une baisse de salaire vers la fin de sa carrière, la prestation de retraite demeure inchangée. L'effet d'une hausse de salaire dans un régime de retraite à prestations déterminées «salaire maximal moyen» ne se limite pas à l'année particulière au cours de laquelle cette hausse est accordée, mais se fait également sentir pendant toute la durée du service.

La façon dont l'intimée conçoit les augmentations de salaire repose encore une fois sur la prémisses implicite selon laquelle la Cour devrait, dans l'évaluation de la pension à la date du mariage, supposer que l'appellant a cessé de travailler à cette date. Comme je l'ai souligné, il n'existe aucune raison de principe de ne pas utiliser des renseignements qui sont connus avec certitude au moment de la séparation pour calculer la valeur de la pension à la date du mariage. En calculant la prestation accumulée à la date du mariage uniquement en fonction du traitement moyen des cinq années les

ing a blind eye to the more accurate information available on the date of separation.

mieux rémunérées jusqu'à la date du mariage, on fait abstraction des renseignements plus exacts qui étaient connus à la date de la séparation.

86

On a similar note, I think the *pro rata* method is preferable because it involves less speculation than the value-added method. Although any valuation of a pension before retirement will involve actuarial assumptions that can be proved wrong by future events, the *pro rata* method requires only one discounting calculation and also does not artificially ignore relevant information available at separation in determining the value on the date of marriage. The nature of a "best earnings" defined benefit pension makes this particularly important. I also note that the termination *pro rata* method appears to be the rule for valuation of defined benefit pensions in other Canadian provinces and in many American states. See Quebec *Regulation respecting supplemental pensions plans*, (1990) 122 G.O. II, 2318, ss. 36, 37, 40; *Pension Benefits Act*, S.N.B. 1987, c. P-5.1, s. 44(8); *General Regulation — Pension Benefits Act*, N.B. Reg. 91-195, s. 28(2); *Corpus Juris Secundum* (1986), vol. 27C, § 558, at pp. 53-54; *Humble v. Humble*, 805 S.W.2d 558 (Tex. Ct. App. 1991), at pp. 560-61.

Dans le même ordre d'idées, je pense que la méthode au prorata est préférable parce qu'elle est moins conjecturale que la méthode de la valeur ajoutée. Bien que toute évaluation d'une pension avant la retraite implique le recours à des hypothèses actuarielles susceptibles de se révéler erronées par la suite, la méthode au prorata requiert un seul calcul d'actualisation et, en outre, ne fait pas artificiellement abstraction des renseignements pertinents qui sont connus à la date de la séparation pour déterminer la valeur à la date du mariage. La nature d'une pension à prestations déterminées «salaire maximal moyen» rend ce fait particulièrement important. Je note également que la méthode au prorata à la cessation d'emploi semble être la règle en ce qui a trait à l'évaluation des pensions à prestations déterminées dans d'autres provinces canadiennes ainsi que dans de nombreux États américains. Voir le *Règlement sur les régimes complémentaires de retraite*, (1990) 122 G.O. II, 3246, art. 36, 37 et 40; *Loi sur les prestations de pension*, L.N.-B. 1987, ch. P-5.1, par. 44(8); *Règlement général — Loi sur les prestations de pension*, Règl. du N.-B. 91-195, par. 28(2); *Corpus Juris Secundum* (1986), vol. 27C, § 558, aux pp. 53 et 54; *Humble c. Humble*, 805 S.W.2d 558 (Tex. Ct. App. 1991), aux pp. 560 et 561.

87

It is possible that the value-added method may be reformed to address the concerns I have raised and that it might provide a fairer valuation if the pension were structured in a different way. Generally speaking, however, the *pro rata* method yields a valuation of a defined benefit pension that is fairer than the valuation produced by the value-added method. Since the *Family Law Act's* primary goal is a division of assets that is fair to both spouses, I believe that the *pro rata* method is the preferable method of valuation under Ontario law.

Il est possible que la méthode de la valeur ajoutée puisse être modifiée pour tenir compte des inquiétudes que j'ai soulevées et qu'elle puisse donner une évaluation plus équitable si la pension était structurée d'une manière différente. De façon générale, toutefois, la méthode au prorata produit une évaluation plus équitable d'une pension à prestations déterminées que la méthode de la valeur ajoutée. Comme l'objectif premier de la *Loi sur le droit de la famille* est d'assurer un partage des biens qui soit équitable pour les deux conjoints, je crois que la méthode au prorata est la méthode d'évaluation préférable pour l'application du droit ontarien.

88

One additional point deserves mention. While the parties here agreed to use a "termination"

Un autre point vaut d'être signalé. Bien que les parties à l'instance aient convenu d'utiliser la

method of valuation, I do not wish to foreclose the possibility of future litigants' using a "retirement" method in a future case. My conclusion that all the information available at the time of separation should be used in calculating the pension's value at separation and at marriage ordinarily suggests that one should also consider post-separation information to the extent it bears upon the benefit formula. For instance, it is now known as a fact that the appellant retired at age 61 with 40.83 years of service. His best-salaried years could also be ascertained with precision. It is quite likely that such a calculation, which essentially corresponds to a "retirement" method, would have provided the fairest possible valuation of the defined benefit pension in this case.

I note that the use of a "retirement *pro rata*" method has found favour in other provinces. See *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, s. 74; B.C. Reg. 77/95, s. 6; *Hierlihy v. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142 (Nfld. C.A.), at p. 146. It also seems to be the rule among American "community property" states. See, e.g., *Corpus Juris Secundum*, *supra*, at p. 57; but see *Humble*, *supra* (rejecting the retirement *pro rata* method in favour of the termination *pro rata* method).

A retirement method could have much to recommend it, particularly given that a pension's true value might change drastically after the marriage due to changes in the benefit formula or substantial increases in salary. As I have suggested, there are compelling reasons to treat these changes as having an effect over the entire life of the defined benefit pension, not just at the time that they occur. The OLRC also favours a retirement method. See OLRC Report, *supra*, at pp. 104-6.

méthode d'évaluation à la «cessation d'emploi», je ne désire pas écarter la possibilité pour d'éventuels plaideurs d'utiliser la méthode de la «retraite» dans une future affaire. Ma conclusion que tout renseignement disponible au moment de la séparation devrait être utilisé pour calculer la valeur de la pension à la date de la séparation et à la date du mariage laisse entendre qu'il faut d'ordinaire tenir compte des renseignements postérieurs à la séparation dans la mesure où ils ont une incidence sur la formule de calcul de la prestation. Ainsi, c'est un fait maintenant établi que l'appelant a pris sa retraite à l'âge de 61 ans, après avoir accumulé 40,83 années de service. Ses cinq années les mieux rémunérées pouvaient également être déterminées avec exactitude. Il est fort probable qu'un tel calcul, qui correspond essentiellement à la méthode de la «retraite», fournirait l'évaluation la plus équitable possible de la pension à prestations déterminées dans la présente espèce.

Je constate que d'autres provinces sont favorables au recours à la méthode «au prorata à la retraite». Voir *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, art. 74; B.C. Reg. 77/95, art. 6; *Hierlihy c. Hierlihy* (1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142 (C.A.T.-N.), à la p. 146. Cette méthode semble également être la règle dans les États américains où s'applique le régime de la «communauté de biens». Voir, par exemple, *Corpus Juris Secundum*, *op. cit.*, à la p. 57; mais voir *Humble*, précité (qui préfère la méthode au prorata à la cessation d'emploi à la méthode au prorata à la retraite).

La méthode de la retraite pourrait avoir beaucoup d'intérêt, particulièrement en raison du fait que la valeur réelle d'une pension peut changer radicalement après le mariage à cause soit de modifications à la formule de calcul de la prestation soit de hausses de salaire substantielles. Ainsi que je l'ai indiqué, il existe des raisons impérieuses de considérer que ces changements produisent leur effet pendant toute la vie de la pension à prestations déterminées, pas seulement au moment où ils surviennent. La CRDO est également favorable à la méthode de la retraite. Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, aux pp. 104 à 106.

89

90

91

I am aware that a retirement *pro rata* method could take two possible forms. The Canadian Institute of Actuaries describes a “projected” retirement method, whereby the future accumulation of years of service, salary increases, and changes to the benefit formula would be estimated from an actuarial perspective. See CIA Standard of Practice, *supra*, at p. 5. This method could involve many speculative assumptions, but might be appropriate in a case where the employee spouse’s final salaries and years of service were known with sufficient certainty prior to retirement. The OLRC recommends this type of method but suggests a discount for the possibility that the employee might terminate employment earlier: OLRC Report, *supra*, at p. 106; see also *Knippshild v. Knippshild* (1995), 11 R.F.L. (4th) 36 (Sask. Q.B.), at pp. 48-50.

92

Another possible retirement method is the one available in British Columbia, Newfoundland and certain American states, which could be called a “deferred” retirement method. Under this system, calculation of the ultimate amount due to the non-employee spouse is deferred until the actual retirement date, when the final years of service and best-salaried years are crystallized. Cf. *Rutherford v. Rutherford* (1980), 14 R.F.L. (2d) 41 (B.C.S.C.), at pp. 60-61, and *Hierlihy, supra*, at pp. 145-46. Decisions in other provinces — including some in Ontario — have employed this method or a similar one. See *Gilmour v. Gilmour*, [1995] 3 W.W.R. 137 (Sask. C.A.), at pp. 141-42; *Bourdeau v. Bourdeau*, [1993] O.J. No. 1751 (QL) (Gen. Div.), at paras. 20-22; *Rauf v. Rauf* (1992), 39 R.F.L. (3d) 63 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 65-66; *Porter v. Porter* (1986), 1 R.F.L. (3d) 12 (Ont. Dist. Ct.), at pp. 26-27; *Moravcik v. Moravcik* (1983), 37 R.F.L. (2d) 102 (Alta. C.A.), at p. 108; *George v. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225 (Man. C.A.), at p. 243. A task force of the Canadian Institute of Actuaries has recommended the use of a “deferred settlement method” along these lines. See Canadian Institute of Actuaries Task Force on the Division of Pension Benefits upon Marriage Breakdown, Draft Paper, *The Division of Pension*

Je sais que la méthode au prorata à la retraite peut prendre deux formes. L’Institut canadien des actuaires décrit une méthode de la retraite fondée sur des «projections», selon laquelle l’accumulation d’années de service, les augmentations de salaire et les changements apportés à la formule de calcul de la prestation dans l’avenir sont estimés d’un point de vue actuariel. Voir la Norme de pratique de l’ICA, *op. cit.*, à la p. 5. Cette méthode est susceptible d’exiger l’application de nombreuses hypothèses, mais elle pourrait convenir lorsque les années de service et les derniers salaires du conjoint participant sont connus avec suffisamment de certitude avant la retraite. La CRDO recommande ce type de méthode, mais suggère une réduction pour tenir compte de la possibilité que l’employé cesse de travailler plus tôt: Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 106; voir aussi *Knippshild c. Knippshild* (1995), 11 R.F.L. (4th) 36 (B.R. Sask.), aux pp. 48 à 50.

Une autre méthode possible basée sur la retraite est celle qui est utilisée en Colombie-Britannique, à Terre-Neuve et dans certains États américains. On pourrait l’appeler la méthode de la retraite «d’application différée». Selon cette méthode, le calcul de la somme finalement due au conjoint non participant est différé jusqu’à la date réelle du départ à la retraite, lorsque les dernières années de service et les années les mieux rémunérées ont cristallisé. Voir *Rutherford c. Rutherford* (1980), 14 R.F.L. (2d) 41 (C.S.C.-B.), aux pp. 60 et 61, et *Hierlihy*, précité, aux pp. 145 et 146. Des décisions rendues dans d’autres provinces, y compris certaines en Ontario, ont suivi cette méthode ou une méthode similaire. Voir *Gilmour c. Gilmour*, [1995] 3 W.W.R. 137 (C.A. Sask.), aux pp. 141 et 142; *Bourdeau c. Bourdeau*, [1993] O.J. No. 1751 (QL) (Div. gén.), aux par. 20 à 22; *Rauf c. Rauf* (1992), 39 R.F.L. (3d) 63 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 65 et 66; *Porter c. Porter* (1986), 1 R.F.L. (3d) 12 (C. dist. Ont.), aux pp. 26 et 27; *Moravcik c. Moravcik* (1983), 37 R.F.L. (2d) 102 (C.A. Alb.), à la p. 108; *George c. George* (1983), 35 R.F.L. (2d) 225 (C.A. Man.), à la p. 243. Un groupe de travail de l’Institut canadien des actuaires a recommandé le recours à une «méthode de règlement différé» du même genre. Voir le Document préliminaire du

*Benefits upon Marriage Breakdown* (1998), at p. 9. Because this valuation method necessarily defers division of the pension until retirement, it is usually used in conjunction with an “if and when” payment scheme, which is discussed below in Section C.

For present purposes, it is enough that the parties to this appeal have agreed to use a termination method. The possibility of using a retirement method remains open, and in view of its comportment with reality, desirable. I note that some sources have suggested that a deferred retirement method might be at odds with the present wording of the *Family Law Act*. This conclusion seems to be based on the view that the equalization payment should be calculated without regard to any change in asset value after separation. See OLRC Report, *supra*, at p. 105, and *Marsham v. Marsham* (1987), 59 O.R. (2d) 609 (H.C.), at p. 614. In addition, a deferred retirement method effectively equalizes the pension separately from other assets, which might appear at odds with s. 4 of the *Family Law Act*, which provides that each spouse’s “net family property” is calculated by adding together the value of all the assets owned by the spouse. However, it may be that these statutory objections can be met and overcome. I leave them for another day.

For the foregoing reasons, I believe that the termination *pro rata* method produces a fairer valuation of defined benefit pensions for equalization purposes than the termination value-added method. The *pro rata* method is not without flaws, nor will it inevitably be preferable to the value-added method. Although cases may arise where other considerations will tilt the balance in favour of a different valuation method, the nature of defined

Groupe de travail sur la répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage de l’Institut canadien des actuaires intitulé *La répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage* (1998), à la p. 9. Comme le partage de la pension est forcément remis au moment de la retraite dans le cadre de cette méthode, celle-ci est généralement utilisée en conjonction avec un régime de paiement «conditionnel», question qui est examinée plus loin à la section C.

Pour les fins qui nous occupent, qu’il suffise de mentionner que les parties ont convenu d’utiliser la méthode de la cessation d’emploi. Il demeure toutefois possible et même souhaitable, vu la façon dont elle tient compte de la réalité, de recourir à la méthode de la retraite. Je note que certains ont prétendu que l’utilisation de la méthode de la retraite d’application différée pourrait être incompatible avec le texte actuel de la *Loi sur le droit de la famille*. Cette conclusion semble fondée sur la thèse que le paiement d’égalisation doit être calculé sans tenir compte de tout changement de la valeur du bien après la séparation. Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 105, et *Marsham c. Marsham* (1987), 59 O.R. (2d) 609 (H.C.), à la p. 614. En outre, la méthode de la retraite d’application différée égalise effectivement la pension séparément des autres biens, ce qui peut sembler incompatible avec l’art. 4 de la *Loi sur le droit de la famille*, qui dispose que la valeur des «biens familiaux nets» est calculée en faisant la somme de la valeur de tous les biens dont le conjoint est propriétaire. Cependant, peut-être est-il possible de surmonter ces obstacles législatifs. Ce sera pour une autre fois.

Pour les motifs qui précèdent, je crois que la méthode au prorata à la cessation d’emploi donne, aux fins du calcul d’égalisation, une évaluation plus équitable des pensions que celle produite par la méthode de la valeur ajoutée à la cessation d’emploi. La méthode au prorata n’est pas sans lacunes, et elle ne sera pas nécessairement préférable à la méthode de la valeur ajoutée. Quoiqu’il puisse y avoir des cas où d’autres facteurs feront pencher la balance en faveur d’une autre méthode d’évaluation, il ressort de la nature des pensions à

benefit pension indicates that, as a general rule, the *pro rata* method is preferable.

(5) Retirement Age Assumption

95 The final struggle in the valuation debate is the assumption used by the trial judge that, on the balance of probabilities, the appellant would likely have retired at age 57.4, looking at the matter from the separation date. As stated, retirement age is crucial to valuation because it determines both the length of the discounting period and also the length of time that the pension will last. Both factors materially affect a pension's present value on the date of separation.

96 The presence of an early retirement provision such as the "rule of 90" will almost always be relevant to the choice of a likely retirement age. Before 1996, some Ontario courts applied a presumption that, unless the evidence clearly indicated otherwise, the employee spouse would retire as soon as an unreduced pension was available. See, e.g., *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 447 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 457; *Leeson v. Leeson* (1990), 26 R.F.L. (3d) 52 (Ont. Dist. Ct.), at p. 59; *Forster v. Forster* (1987), 11 R.F.L. (3d) 121 (Ont. H.C.), at p. 124; see also G. E. Burrows, "Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age" (1995-96), 13 *C.F.L.Q.* 25, at p. 43; J. G. McLeod, Annotation to *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211. Although the Ontario Court of Appeal has rejected this presumption in favour of a decision based on all the evidence, the availability of early retirement without penalty continues to be an important factor, and a trial judge's finding of fact on the matter will not be disturbed lightly. See *Huisman v. Huisman* (1996), 21 R.F.L. (4th) 341 (Ont. C.A.), at p. 348; *Kennedy, supra*, at p. 460.

97 Determining when early retirement becomes available, if at all, has produced several different

prestations déterminées que, en règle générale, la méthode au prorata est préférable.

(5) Hypothèse relative à l'âge du départ à la retraite

Le dernier point litigieux dans le débat sur la question de l'évaluation est l'hypothèse qu'a utilisée le juge de première instance et selon laquelle, suivant la prépondérance des probabilités et la perspective à la date de la séparation, l'appelant aurait vraisemblablement pris sa retraite à l'âge de 57,4 ans. Comme je l'ai dit, l'âge du départ à la retraite est crucial pour l'évaluation parce qu'il détermine à la fois la durée de la période d'actualisation et la durée de la pension. Ces deux facteurs influencent sensiblement la valeur actualisée de la pension à la date de la séparation.

L'existence d'une clause de retraite anticipée comme la «règle des 90» sera presque toujours pertinente quant au choix de l'âge probable du départ à la retraite. Avant 1996, certains tribunaux ontariens appliquaient la présomption selon laquelle, sauf preuve claire à l'effet contraire, le conjoint participant prendrait sa retraite dès qu'il aurait droit à une pension non réduite. Voir, par exemple, *Weaver c. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 447 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 457; *Leeson c. Leeson* (1990), 26 R.F.L. (3d) 52 (C. dist. Ont.), à la p. 59; *Forster c. Forster* (1987), 11 R.F.L. (3d) 121 (H.C. Ont.), à la p. 124; voir aussi G. E. Burrows, «Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age» (1995-96), 13 *C.F.L.Q.* 25, à la p. 43; J. G. McLeod, Annotation to *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211. Bien que la Cour d'appel de l'Ontario ait rejeté cette présomption au profit d'une décision fondée sur l'ensemble de la preuve, la possibilité de prendre une retraite anticipée sans pénalité demeure un facteur important, et la conclusion de fait à laquelle parvient le juge de première instance sur cette question ne sera pas modifiée à la légère. Voir *Huisman c. Huisman* (1996), 21 R.F.L. (4th) 341 (C.A. Ont.), à la p. 348; *Kennedy, précité*, à la p. 460.

La détermination du moment auquel il devient possible de prendre une retraite anticipée, si cette

approaches in Ontario. The trial judge in this case assumed that the employee spouse terminated employment on the date of separation. That meant that the employee's years of service were frozen at that point, and the right to early retirement under the "rule of 90" could only be reached by virtue of the increase in the employee's age. Thus Rutherford J. concluded that, if the appellant here had truly stopped working on the date of separation, February 1988, he could only have collected an unreduced pension on September 9, 1992, at age 57.4.

Other decisions use a slightly different assumption, namely that the employee continued to work after the date of separation, such that eligibility for early retirement came more quickly as the employee aged and accumulated more years of service. See *Stevens v. Stevens* (1992), 41 R.F.L. (3d) 212 (Ont. U.F.C.), at pp. 214-15; *Alger v. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211 (Ont. H.C.), at p. 215; *Deroo v. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 86 (Ont. H.C.), at pp. 92-93; *Hilderley v. Hilderley* (1989), 21 R.F.L. (3d) 383 (Ont. H.C.), at pp. 388-89; *Miller, supra*, at pp. 121-22. Some sources refer to this method as a "hybrid termination/retirement method". See J. G. McLeod, Annotation to *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 448; see also Patterson, *Pension Division and Valuation, supra*, at p. 309; *Radcliff v. Radcliff*, [1994] O.J. No. 2874 (QL) (Gen. Div.), at para. 23. Under this method, the appellant would have been eligible to take early retirement on June 7, 1990, at age 55.14.

Finally, a minority of decisions have chosen a retirement date based on actual evidence of when the employee spouse intended to retire, but concluded that, because the employee spouse must be taken to have terminated employment on the date of separation, the employee spouse would retire prior to satisfying the early retirement provision and therefore take a reduced pension. See *Salib v. Cross* (1993), 15 O.R. (3d) 521 (Gen. Div.), at

faculté existe, a donné lieu à l'application de plusieurs approches en Ontario. Dans le cas qui nous occupe, le juge de première instance a présumé que le conjoint participant avait cessé de travailler à la date de la séparation. Cela voulait dire que l'employé avait cessé d'accumuler des années de service à ce moment-là et que le droit à la retraite anticipée selon la «règle des 90» ne pouvait être acquis que par l'augmentation de l'âge de l'employé. En conséquence, le juge Rutherford a conclu que, si l'appelant avait réellement cessé de travailler à la date de la séparation, c'est-à-dire en février 1988, ce n'est que le 9 septembre 1992, à l'âge de 57,4 ans, qu'il aurait eu droit à une pension non réduite.

Dans d'autres décisions, le tribunal a utilisé une hypothèse légèrement différente, présumant que l'employé avait continué de travailler après la date de la séparation, de telle sorte qu'il était devenu plus rapidement admissible à la retraite anticipée à mesure qu'il vieillissait et accumulait des années de service. Voir *Stevens c. Stevens* (1992), 41 R.F.L. (3d) 212 (C.U.F. Ont.), aux pp. 214 et 215; *Alger c. Alger* (1989), 21 R.F.L. (3d) 211 (H.C. Ont.), à la p. 215; *Deroo c. Deroo* (1990), 28 R.F.L. (3d) 86 (H.C. Ont.), aux pp. 92 et 93; *Hilderley c. Hilderley* (1989), 21 R.F.L. (3d) 383 (H.C. Ont.), aux pp. 388 et 389; *Miller, supra*, aux pp. 121 et 122. Certaines sources appellent cette méthode la «méthode mixte retraite/cessation d'emploi». Voir J. G. McLeod, Annotation to *Weaver v. Weaver* (1991), 32 R.F.L. (3d) 448; voir aussi Patterson, *Pension Division and Valuation, op. cit.*, à la p. 309; *Radcliff c. Radcliff*, [1994] O.J. No. 2874 (QL) (Div. gén.), au par. 23. Selon cette méthode, l'appelant aurait pu prendre une retraite anticipée le 7 juin 1990, à l'âge de 55,14 ans.

Enfin, dans quelques décisions, le tribunal a choisi une date de départ à la retraite fondée sur la preuve concrète du moment auquel le conjoint participant avait l'intention de le faire, mais a conclu que, comme il faut présumer que le conjoint participant a cessé de travailler à la date de la séparation, celui-ci prendrait sa retraite avant de satisfaire à la clause de retraite anticipée et recevrait donc une pension réduite. Voir *Salib c. Cross* (1993),

pp. 532-34; *Rickett v. Rickett* (1990), 72 O.R. (2d) 321 (H.C.), at p. 333. This has been referred to as a "strict termination" method. See McLeod, Annotation to *Weaver v. Weaver, supra*, at p. 448.

15 O.R. (3d) 521 (Div. gén.), aux pp. 532 à 534; *Rickett c. Rickett* (1990), 72 O.R. (2d) 321 (H.C.), à la p. 333. On a appelé cette méthode la méthode de la «cessation d'emploi stricte». Voir McLeod, Annotation to *Weaver v. Weaver, loc. cit.*, à la p. 448.

100 Although it is important to distinguish these different approaches, I need not determine whether one of these approaches is preferable in this case. The parties do not challenge the decision to consider the increase in age alone, nor do they challenge the conclusion that, using that method, the appellant's earliest date for retirement with an unreduced pension was September 9, 1992.

Bien qu'il soit important de distinguer ces différentes approches, il n'est pas nécessaire que je décide si l'une d'elles est préférable dans le présent cas. Les parties ne contestent pas la décision de tenir compte de l'augmentation de l'âge seulement, ni la conclusion que, selon cette méthode, la date la plus hâtive à laquelle l'appelant pouvait prendre sa retraite sans pénalité était le 9 septembre 1992.

101 The availability of early retirement, however, was only one piece of evidence that the trial judge considered in choosing the appellant's likely retirement date. The respondent had testified that the appellant was bored with his job and planned to retire as soon as he satisfied the rule of 90. At the time of separation, the terms of the pension plan provided a maximum pension benefit of 70 percent of the average of the best five annual salaries. The appellant was likely to reach that point in 1990. It was only in 1992, after the separation, that the pension plan was changed to allow accumulation of pension credits above 70 percent. On the other hand, the appellant had testified that he had never considered retirement except in a general sense, and that, in light of the new financial obligations that arose because of the breakup of the marriage, he could not afford to contemplate retirement. Based on this evidence, Rutherford J. chose a retirement date of September 9, 1992.

Toutefois, la possibilité de prendre une retraite anticipée n'est que l'un des divers éléments de preuve dont le juge de première instance a tenu compte en choisissant la date probable de départ à la retraite de l'appelant. L'intimée a déclaré dans son témoignage que l'appelant trouvait son travail ennuyeux et qu'il projetait de prendre sa retraite dès qu'il aurait satisfait à la règle des 90. Suivant les modalités du régime applicables au moment de la séparation, les retraités avaient droit à une prestation maximale égale à 70 p. 100 du traitement moyen des cinq années les mieux rémunérées. L'appelant allait vraisemblablement atteindre ce plafond en 1990. Ce n'est qu'en 1992, après la séparation, que le régime de retraite a été modifié de manière à permettre l'accumulation de droits à pension supérieurs à 70 p. 100. Pour sa part, l'appelant a témoigné qu'il n'avait jamais songé à prendre sa retraite, si ce n'est dans un sens général, et qu'en raison des nouvelles obligations financières créées par la rupture du mariage, il ne pouvait pas se permettre de songer à un départ à la retraite. Se fondant sur cette preuve, le juge Rutherford a choisi le 9 septembre 1992 comme date du départ à la retraite.

102 The appellant did not argue that this conclusion was unreasonable in light of the evidence available prior to separation. Instead, the appellant submitted that the trial judge should have considered evidence available after separation but before trial, in particular the fact that the appellant had continued

L'appelant n'a pas prétendu que cette conclusion était déraisonnable à la lumière de la preuve qui existait avant la séparation. Il a plutôt soutenu que le juge de première instance aurait dû tenir compte de la preuve qui existait après la séparation mais avant le procès, en particulier le fait que l'ap-

to work past September 1992. According to the appellant, it was unfair to take the facts as frozen as of the date of separation. The appellant further invited this Court to consider the fact that he actually retired at age 61, while the case was before the Ontario Court of Appeal.

I believe the logic of a termination method demands exclusion of "hindsight" evidence. The termination method seeks to determine the value of a pension on the date of separation, assuming the pension holder terminated employment on that date. As I noted above, the termination method does not incorporate increases in the pension's value owing to events occurring after separation, such as post-separation years of service, plan improvements, and non-inflationary salary increases. This method has favoured the appellant in that it has excluded these important post-separation increases from his net family property. It would be unfair to the respondent to use hindsight in choosing a later retirement date but not in determining the number of years of service or the five best salaries. Just as the termination method prevents the respondent from benefiting from increases in the appellant's pension after separation, it protects her from reductions in its value owing to a later actual retirement date than was in contemplation at separation.

I therefore agree with the Ontario Court of Appeal that, under a termination method, post-separation evidence should not be used in determining a likely retirement date unless the evidence reflects facts that were within the employee spouse's contemplation at the time of separation. The result urged by the appellant would enable spouses with pensions to reduce the amount of their equalization payments and profit from the length of divorce proceedings by delaying their retirement until after the close of all proceedings.

pelant avait continué de travailler après le mois de septembre 1992. De dire l'appelant, il était injuste de s'en tenir aux faits tels qu'ils existaient à la date de la séparation. L'appelant a de plus invité notre Cour à prendre en considération le fait qu'il a pris sa retraite à l'âge de 61 ans, pendant le pourvoi devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Je crois que la logique de la méthode de la cessation d'emploi exige l'exclusion d'une application rétrospective d'une preuve de faits postérieurs. La méthode de la cessation d'emploi vise à déterminer la valeur de la pension à la date de la séparation, en supposant que le conjoint participant a cessé de travailler à cette date. Comme je l'ai noté, la méthode de la cessation d'emploi ne tient pas compte des augmentations de la valeur de la pension dues à des événements survenant après la séparation, comme les années de service accumulées après la séparation, les améliorations apportées au régime de retraite et les hausses de salaire non dues à l'inflation. Cette méthode a favorisé l'appelant en ce qu'elle a exclu ces importantes augmentations postérieures à la séparation de ses biens familiaux nets. Il serait injuste envers l'intimée de faire appel à une vision par rétrospective pour choisir une date de retraite plus tardive, mais de ne pas le faire pour déterminer le nombre d'années de service ou le traitement des cinq années les mieux rémunérées. Tout comme elle empêche l'intimée de bénéficier des augmentations de valeur de la pension de l'appelant survenues après la séparation, la méthode de la cessation d'emploi la protège contre les baisses de valeur dues au fait que la date réelle de la retraite est plus tardive que celle qui était envisagée au moment de la séparation.

Par conséquent, je conviens avec la Cour d'appel de l'Ontario que, dans l'application de la méthode de la cessation d'emploi, la preuve postérieure à la séparation ne devrait pas être utilisée pour fixer la date probable de la retraite, à moins que cette preuve ne révèle des faits qu'envisageait le conjoint participant au moment de la séparation. Le résultat préconisé par l'appelant permettrait aux conjoints bénéficiaires d'une pension de réduire le montant de leurs paiements d'égalisation et de tirer avantage de la durée de

103

104

Although there is no evidence of strategic behaviour in this case, I do not support a rule that could encourage it.

l'action en divorce en ne prenant leur retraite qu'une fois toutes les procédures terminées. Quoique la preuve ne révèle pas en l'espèce le recours à une telle stratégie, je ne souscris pas à une règle susceptible d'encourager de tels agissements.

105 I reach this conclusion because it is the most equitable in this case, notably in light of the parties' choice of a termination method. In a case involving, for example, a "projected retirement" method, it might be preferable to use all evidence available in order to reduce the speculative quality of the projections as to post-retirement improvements. In such a situation it might be fair to use hindsight evidence in choosing the retirement age as well.

Je parviens à cette conclusion parce qu'elle est la plus équitable dans le cas qui nous occupe, en raison notamment du fait que les parties ont choisi la méthode de la cessation d'emploi. Toutefois, dans une affaire où, par exemple, la méthode la retraite «fondée sur des projections» serait utilisée, il pourrait être préférable d'utiliser tous les éléments de preuve existants pour réduire le caractère conjectural des projections relatives aux améliorations postérieures à la retraite. Dans un tel cas, il pourrait être équitable de faire appel à la vision rétrospective pour fixer aussi l'âge réel du départ à la retraite.

#### B. *Settlement of the Equalization Obligation*

#### B. *Exécution de l'obligation d'égalisation*

106 Having cleared the valuation hurdle, I am faced with a separate problem arising in the division of pensions: how the appellant is to settle his equalization obligation.

L'obstacle de l'évaluation étant franchi, je me trouve devant un autre problème que soulève le partage des pensions: la façon dont l'appelant doit s'acquitter de son obligation d'égalisation.

107 Once the pension and all other assets have been tallied to produce the appellant's "net family property", the appellant is required to pay the respondent an amount equal to one-half of the difference between his and her net family properties. Section 9 of the *Family Law Act* allows a court to choose among several methods for payment of the equalization amount, including an order of immediate payment, the granting of a security interest, an instalment scheme, postponement of payment, creation of a trust, and the transferral, partition or sale of property.

Une fois que la pension et tous les autres biens ont été inventoriés pour obtenir la valeur des «biens familiaux nets» de l'appelant, celui-ci doit verser à l'intimée un montant égal à la moitié de la différence entre la valeur de ses biens familiaux nets et la valeur de ceux de l'intimée. L'article 9 de la *Loi sur le droit de la famille* permet au tribunal de choisir parmi plusieurs mesures en vue du paiement de la somme payable au titre de l'égalisation; il peut notamment ordonner le paiement immédiat de la somme due, la constitution d'une sûreté, le paiement de la dette par versements échelonnés, le report du paiement, la création d'une fiducie ou encore le transfert, le partage ou la vente de biens.

108 The appellant submitted that, because much of his equalization burden is owing to his pension, he should be allowed to satisfy his obligation under an "if and when" payment scheme, meaning that he would pay the respondent a share of the pension

L'appelant a proposé que, comme sa pension constitue la majeure partie de son obligation d'égalisation, on devrait l'autoriser à s'acquitter de son obligation selon un régime de paiement «conditionnel», ce qui veut dire qu'il verserait à l'intimée

benefits "if and when" he received them. Ontario courts have enacted such arrangements by ordering the employee spouse to hold a fraction of the pension in trust for the non-employee spouse, pursuant to s. 9(1)(d)(i) of the *Family Law Act*. See *Hilderley, supra*, at p. 395, and *Marsham, supra*, at p. 624. Ontario's pension legislation also allows a court to order the pension plan administrator to pay over a portion of the pension benefit directly to the non-employee spouse. See *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 51.

The trial judge rejected the appellant's request but allowed him to settle his equalization obligation in instalments in the 10 years following the judgment. I believe this decision deserves deference. The choice of a method for settlement of the equalization obligation is highly contextual and fact-based. A payment method that is preferable in one case might be grossly unjust in another. Wilson J. noted this in *Clarke, supra*, at pp. 835-36:

Courts, generally speaking, employ two methods of dividing pensions. The first is to award lump sum compensation to the non-recipient spouse either by way of a money payment or a transfer of assets. The second is to preserve the jurisdiction of the court until the pension matures either by ordering periodic payments to be made to the non-recipient spouse or impressing the pension with a trust. When selecting the appropriate method of distribution it is important to bear in mind that the primary goal of the legislation is to effect the adjustment of property in an equitable manner. Of equal importance in some cases is the desire to sever the financial ties between the parties. These two goals may occasionally come into conflict. . . . The preferable result in any given case will obviously depend upon a number of factors and it is my view that appellate courts should not lightly interfere with the discretion of the trial judge in this regard.

une partie des prestations de retraite seulement lorsqu'il les recevrait, le cas échéant. Les tribunaux ontariens ont avalisé de tels arrangements en ordonnant au conjoint participant de détenir une fraction de la pension en fiducie en faveur du conjoint non participant conformément au sous-al. 9(1)d(i) de la *Loi sur le droit de la famille*. Voir *Hilderley, précité*, à la p. 395, et *Marsham, précité*, à la p. 624. La législation ontarienne sur les pensions permet également aux tribunaux d'ordonner à l'administrateur du régime de verser directement au conjoint non participant une partie de la prestation de retraite. Voir la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 51.

Le juge de première instance a rejeté la demande de l'appelant, mais lui a permis de s'acquitter de son obligation d'égalisation en versements échelonnés sur une période de 10 ans à compter du jugement. J'estime qu'il convient de faire montre de retenue envers cette décision. Le choix de la méthode d'exécution de l'obligation d'égalisation est en grande partie tributaire du contexte et des faits. Une méthode de paiement peut convenir dans un cas, mais constituer une injustice flagrante dans un autre. C'est ce que le juge Wilson fait remarquer dans l'arrêt *Clarke, précité*, aux pp. 835 et 836:

De façon générale, les tribunaux utilisent deux méthodes pour partager les pensions. La première consiste à accorder une indemnisation forfaitaire au conjoint qui n'est pas prestataire soit par le paiement d'une somme d'argent soit par le transfert de biens. La seconde consiste à conserver la compétence du tribunal jusqu'à l'échéance de la pension soit en ordonnant des versements périodiques au conjoint qui n'est pas prestataire soit en imposant une fiducie à la pension. Pour choisir la méthode de partage appropriée, il convient de se rappeler que le but principal de la loi est de répartir les biens d'une manière équitable. Dans certains cas il est également important de rompre les liens financiers entre les parties. À l'occasion, ces deux buts peuvent être en conflit. [ . . . ] Dans tous les cas, le résultat préférable dépendra évidemment d'un certain nombre de facteurs et je suis d'avis que les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance à cet égard.

The appellant's argument that the Court should declare the "if and when" payment scheme to be the default rule for equalization payments where a pension is involved must therefore be considered in light of the trial judge's superior position in crafting a method of settlement.

L'argument de l'appellant selon lequel la Cour devrait déclarer que le régime de paiement «conditionnel» est la règle générale en matière de paiements d'égalisation dans les cas où une pension est en cause doit donc être examiné en tenant compte du fait que le juge de première instance était mieux placé pour concevoir le mode de règlement.

110 An "if and when" payment scheme has clear advantages when a major part of the difference in net family properties is owing to the capitalized value of a pension. The spouse who bears the equalization burden cannot use the pension asset to satisfy it; one cannot sell an interest in one's pension or borrow money against it. If ordered to make an immediate payment, the spouse must sell or transfer other property. If the employee spouse's equalization burden is high owing to a valuable pension, an order for immediate payment of a lump sum could conceivably expose the employee spouse to severe hardship. An "if and when" scheme alleviates this danger by drawing the equalization payment from the pension asset itself. See OLRC Report, *supra*, at p. 46.

Un régime de paiement «conditionnel» comporte des avantages manifestes lorsqu'une part importante de la différence entre la valeur des biens familiaux nets des parties est attribuable à la valeur capitalisée d'une pension. Le conjoint qui supporte le fardeau d'égalisation ne peut pas utiliser l'actif de retraite pour s'en acquitter; il ne peut vendre un intérêt dans sa pension ni emprunter en la donnant en garantie. Le conjoint visé par une ordonnance de paiement immédiat doit vendre ou transférer d'autres biens. Si le fardeau d'égalisation supporté par le conjoint participant est lourd en raison de la valeur de sa pension, il est possible qu'une ordonnance lui intimant de payer immédiatement une somme forfaitaire l'expose à un grave préjudice. Un régime de paiement «conditionnel» atténue ce risque, puisqu'il prévoit que le montant d'égalisation sera prélevé sur l'avoir de retraite lui-même. Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 46.

111 On the other hand, certain factors militate against the use of an "if and when" payment scheme. First and foremost, an "if and when" scheme also requires a continued financial association between the ex-spouses that obviates a "clean break" after the divorce. I note, however, that s. 9(1)(c) allows a court to delay an equalization payment for up to 10 years, suggesting that the Ontario legislature did not object to continued ties after divorce as long as they were only for a "limited" time. Thus an "if and when" scheme might be the appropriate option where retirement was clearly imminent. The Ontario Court of Appeal reached a similar conclusion in the homonymous

Par contre, certains facteurs militent contre le recours à un tel régime. D'abord et avant tout, un régime «conditionnel» oblige les ex-conjoints à maintenir leur association financière, faisant ainsi obstacle à une «nette rupture» après le divorce. Toutefois, je tiens à souligner que l'al. 9(1)c) permet au tribunal de différer un paiement d'égalisation pour une période pouvant aller jusqu'à 10 ans, ce qui tend à indiquer que la législature ontarienne n'est pas opposée aux maintien de liens après le divorce dans la mesure où c'est pour une période «limitée». Par conséquent, un régime «conditionnel» pourrait être une solution appropriée dans les cas où le départ à la retraite était clairement imminent. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu de la sorte dans un arrêt portant le même intitulé que le présent pourvoi mais sans lien avec

but unrelated case of *Best v. Best* (1992), 41 R.F.L. (3d) 383 (Ont. C.A.), at p. 388.

However, a second complicating factor in the application of an “if and when” payment scheme is the determination of the appropriate “share” of each pension benefit to be paid over to the non-employee spouse. One might presume simply to multiply the pension benefit by the same *pro rata* fraction used in the valuation exercise: one-half of the years of service during marriage divided by the years of service to separation. But the appellant also suggests a second option using a different fraction: one-half of the years of service during marriage divided by the years of service to retirement, which is naturally a smaller fraction. Ontario courts appear to have recognized both options but employed the second one more frequently. See *Bourdeau, supra*, at para. 22; *Rauf, supra*, at para. 7; *Hilderley, supra*, at p. 395; *Marsham, supra*, at p. 624. In this case, the appellant offered us both possibilities without arguing which was legally preferable. I make no comment on the issue but simply point out that it complicates application of an “if and when” settlement.

A third and more serious difficulty with the scheme proposed by the appellant concerns the actual amount that is eventually paid. The parties have spent great energy litigating the proper method of valuation for a defined benefit pension in order that the appellant’s “net family property” and equalization payment can be correctly determined as of the date of separation. But under an “if and when” scheme, it does not appear that payments end after the equalization amount has been paid, or that the non-employee spouse’s interest is protected in the event that the pension is less valuable than expected. Instead, there is a risk that a pension holder who lives long, or whose pension benefit proves more valuable than expected, might end up overpaying the non-employee spouse. Similarly, if the employee spouse dies before the full

celui-ci: *Best c. Best* (1992), 41 R.F.L. (3d) 383 (C.A. Ont.), à la p. 388.

Cependant, la détermination de la «part» appropriée de chaque prestation de retraite à verser au conjoint non participant est un deuxième facteur qui complique la mise en application d’un régime «conditionnel». On pourrait supposer qu’il suffit de multiplier la prestation de retraite par la fraction au prorata utilisée dans l’évaluation: la moitié du quotient des années de service accumulées pendant la période du mariage et des années de service accumulées à la date de la séparation. L’appellant propose toutefois une deuxième solution, utilisant une autre fraction: la moitié du quotient des années de service accumulées pendant la période du mariage et des années de service accumulées au moment du départ à la retraite, ce qui donne naturellement une fraction moins élevée. Les tribunaux ontariens semblent avoir admis ces deux solutions, mais avoir utilisé la seconde plus fréquemment. Voir *Bourdeau*, précité, au par. 22; *Rauf*, précité, au par. 7; *Hilderley*, précité, à la p. 395; *Marsham*, précité, à la p. 624. En l’espèce, l’appellant nous a présenté les deux possibilités sans plaider que l’une était préférable à l’autre du point de vue juridique. Je ne commenterai pas cette question si ce n’est pour souligner que cette situation complique l’application d’un mode de règlement «conditionnel».

Une troisième difficulté, plus sérieuse celle-là, que soulève le régime proposé par l’appellant est la somme qui est finalement versée. Les parties ont débattu avec beaucoup d’énergie la question de la méthode appropriée pour évaluer une pension à prestations déterminées afin que la valeur des «biens familiaux nets» de l’appellant et le paiement d’égalisation puissent être calculés avec exactitude à la date de la séparation. Dans un régime «conditionnel», toutefois, il semble que les versements ne cessent pas après que le montant d’égalisation a été payé, ou que l’intérêt du conjoint non participant soit protégé si la valeur de la pension est moins élevée que prévu. Au contraire, il y a un risque que le conjoint participant qui vit longtemps ou dont la prestation de retraite se révèle plus importante que prévu finisse par trop payer au conjoint non parti-

equalization amount has been paid, underpayment will result. These risks prompted the following comments by the OLRC:

The practice of using "if and when" arrangements to satisfy equalization payments has been less than satisfactory. The realization of the pension benefit occurs over the post-retirement life of the member, and the amount of the benefit paid depends on the life span of the member. As a result, an interest in the pension benefit to which a non-member spouse is entitled may never be realized if the member spouse dies prior to or soon after retirement. On the other hand, where the life span of the member spouse exceeds expectations, or the value of the pension benefit increases after separation, an overpayment to the non-member spouse may result.

See OLRC Report, *supra*, at p. 37.

114

As an example, assume that the equalization amount on the separation date was \$100,000 and that the court ordered that the appellant satisfy it by paying one-half of the pension benefit "if and when" it was received, but that the debt would grow at an interest rate of 5 percent to reflect the respondent's immediate entitlement to the money. If the appellant retired seven years after the separation date, his equalization debt would have grown to \$140,710. Assume he began receiving \$30,000 per year in pension benefits and paid over \$15,000 to the respondent each year. Under this scheme, the appellant would have discharged the debt and interest thereon after approximately 11 years. However, the "if and when" scheme proposed here would require the appellant to continue to make payments after that point. See J. G. McLeod, Case Comment on *Monger v. Monger* (1994), 8 R.F.L. (4th) 182, at pp. 188-89. In addition, if the appellant had died before that point, the respondent would have no claim against the appellant's estate for the outstanding portion of the debt.

115

These conclusions suggest that, if the Court were to employ the "if and when" payment scheme advocated by the appellant, there would have been

cipant. De même, si le conjoint participant décède avant que le montant d'égalisation ait été versé intégralement, il y aura un paiement insuffisant. Ces risques ont incité la CRDO à faire les commentaires suivants:

[TRADUCTION] La pratique qui consiste à recourir aux arrangements «conditionnels» pour l'exécution des paiements d'égalisation s'est révélée insatisfaisante. La réception de la prestation de retraite survient tout au long de la période qui suit le départ à la retraite du participant, et le montant de l'avantage versé au membre est fonction de la durée de sa vie. En conséquence, il se peut que l'intérêt du conjoint non participant dans la prestation de retraite ne se concrétise jamais si le conjoint participant décède avant son départ à la retraite ou peu de temps après. En revanche, lorsque le conjoint participant vit plus longtemps que prévu, ou que la valeur de la prestation de retraite augmente après la séparation, il peut en découler un paiement excédentaire en faveur du conjoint non participant.

Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 37.

À titre d'exemple, supposons que le montant d'égalisation à la date de la séparation s'élevait à 100 000 \$ et que le tribunal ait ordonné à l'appellant de s'acquitter de son obligation en payant la moitié de la prestation de retraite sur réception, mais que la créance de l'intimée serait majorée d'un taux d'intérêt de 5 p. 100 pour tenir compte du fait qu'elle avait droit à cette somme immédiatement. Si l'appellant avait pris sa retraite sept ans après la date de la séparation, sa dette au titre de l'égalisation serait passée à 140 710 \$. Supposons qu'il ait commencé à recevoir 30 000 \$ par année en prestations de retraite et qu'il ait versé 15 000 \$ annuellement à l'intimée. Selon ce scénario, l'appellant aurait payé sa dette et l'intérêt s'y rapportant au bout d'environ 11 ans. Toutefois, le régime «conditionnel» proposé en l'espèce obligerait l'appellant à continuer d'effectuer des paiements après ce moment. Voir J. G. McLeod, Case Comment on *Monger v. Monger* (1994), 8 R.F.L. (4th) 182, aux pp. 188 et 189. De plus, si l'appellant décédait plus tôt, l'intimée ne pourrait pas réclamer à la succession le solde de sa créance.

Ces conclusions tendent à indiquer que, si la Cour utilisait le régime «conditionnel» préconisé par l'appellant, il ne servirait à rien de calculer la

no point in calculating the pension's capitalized value in the first place. The total amount paid under an "if and when" payment scheme seems to have no relation at all to the equalization payment calculated using the pension's capitalized value. It appears to me that the appellant's method not only defers the payment of the equalization amount, but also makes it impossible to calculate the total equalization amount that will be paid. Instead of being the vehicle for the payment of a fixed amount of money, the "if and when" method splits an indefinite stream of income.

I agree with the appellant that this is a reasonable and perhaps superior method of dividing pensions and that it deserves consideration when long overdue and much-needed legislative attention is turned to this area. However, it would seem to be inconsistent with the appellant's principal position in this case, namely that the equalization amount should be calculated by valuing the pension using the termination pro rata method. An "if and when" arrangement as advocated by the appellant makes the equalization amount contingent upon the actual amount of pension benefits that the employee spouse receives, essentially applying a "deferred" retirement method of valuation. The OLRG Report supports this conclusion when it notes that "if and when" arrangements "effectively take a retirement approach to pension division." See OLRG Report, *supra*, at p. 105. I find it somewhat inconsistent that the appellant espouses one valuation method for purposes of calculating his equalization obligation, but then requests that his actual payment be structured in a way suggesting that the pension's value is totally different.

Finally, the "if and when" method advanced by the appellant, in so far as it would employ a "deferred" retirement method of valuation raises the same potential conflict with the wording of the *Family Law Act* that was discussed at para. 93.

valeur capitalisée de la pension au départ. La somme totale payée dans le cadre d'un tel régime semble n'avoir absolument aucun rapport avec le paiement d'égalisation calculé en utilisant la valeur capitalisée de la pension. Il me semble que la méthode avancée par l'appellant a pour effet non seulement de retarder le paiement du montant d'égalisation, mais aussi de rendre impossible le calcul de la somme totale qui sera payée au titre de l'égalisation. Au lieu de constituer le moyen de payer une somme d'argent fixe, la méthode «conditionnelle» fractionne un flux de revenu indéfini.

Je conviens avec l'appellant qu'il s'agit d'une méthode raisonnable, voire supérieure, de partage des pensions, et qui vaudra d'être prise en considération lorsque le législateur accordera à cette question toute l'attention, combien nécessaire, qu'on aurait depuis longtemps dû lui consacrer. Toutefois, cette méthode semble être incompatible avec l'argument principal de l'appellant dans le présent cas, savoir que le montant d'égalisation devrait être calculé en évaluant la pension au moyen de la méthode au prorata à la cessation d'emploi. Un arrangement «conditionnel» du genre de celui préconisé par l'appellant rend le montant d'égalisation tributaire du montant réel des prestations de retraite que reçoit le conjoint participant, appliquant essentiellement une méthode d'évaluation «différée» à la retraite. Dans son rapport, la CRDO appuie cette conclusion lorsqu'elle souligne que les arrangements «conditionnels» [TRADUCTION] «appliquent effectivement au partage des pensions une méthode d'évaluation à la retraite». Voir le Rapport de la CRDO, *op. cit.*, à la p. 105. Je trouve qu'il est un peu incohérent de la part de l'appellant d'adopter une méthode d'évaluation donnée aux fins du calcul de son obligation d'égalisation, mais de demander ensuite que le paiement proprement dit soit structuré d'une manière tendant à indiquer que la valeur de la pension est complètement différente.

Finalement, dans la mesure où elle reposerait sur une méthode d'évaluation «différée» à la retraite, la méthode «conditionnelle» proposée par l'appellant soulève le problème d'incompatibilité avec le texte de la *Loi sur le droit de la famille* qui a été

116

117

While it might be possible to craft an “if and when” payment scheme that would clearly fit within the confines of the Ontario statute, it is unnecessary to decide this issue, because the instalment scheme ordered by the trial judge serves the principal purpose of saving the appellant from the hardship of making a large lump-sum payment before he begins to receive the pension. Furthermore, the recalculation of the equalization obligation using the termination *pro rata* method will reduce the appellant’s payment burden. In light of the difficulties that seem to attend the crafting and administration of a fair “if and when” order in Ontario, I do not believe that Rutherford J. exceeded his discretion in choosing an instalment scheme for settlement of the appellant’s equalization payment.

### C. Spousal Support

118 The appellant also asked us to alter the trial judge’s order requiring him to pay the respondent \$2500 in monthly spousal support. The appellant submitted that the trial judge included the future pension benefits as “income” in determining the appellant’s ability to pay support. The appellant argued that this was error because much of the pension had been already subject to equalization as an “asset,” and that considering it as “income” for purposes of support would result in the respondent’s “double dipping” into the appellant’s pension.

119 Cases and commentators appear to be divided on the issue whether a pension, once equalized as property, can also be treated as income from which the pension-holding spouse may make support payments. Several authorities appear to be on the side of at least taking a pension’s equalization into account when fixing the amount of support, if not excluding the equalized portion from consideration altogether. See, e.g., T. J. Walker, “Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and

examiné au par. 93. Peut-être serait-il possible d’élaborer un régime de paiement «conditionnel» qui respecterait clairement les limites de la loi ontarienne, mais il n’est pas nécessaire de trancher cette question, puisque le régime de versements échelonnés ordonné par le juge de première instance permet d’atteindre l’objectif principal qui est d’éviter à l’appelant le préjudice que lui causerait le fait d’être tenu de verser une somme forfaitaire élevée avant même d’avoir commencé à toucher sa pension. En outre, le nouveau calcul de l’obligation d’égalisation au moyen de la méthode au prorata à la cessation d’emploi réduira le montant à payer par l’appelant. Compte tenu des difficultés que semblent présenter l’élaboration et l’application d’une ordonnance «conditionnelle» équitable en Ontario, je ne crois pas que le juge Rutherford a outrepassé son pouvoir discrétionnaire en choisissant un régime de versements échelonnés comme méthode d’exécution de l’obligation d’égalisation de l’appelant.

### C. Pension alimentaire au profit du conjoint

L’appelant nous demande également de modifier l’ordonnance du juge de première instance lui intimant de verser à l’intimée une pension alimentaire mensuelle de 2 500 \$. Il affirme que le juge de première instance a considéré les prestations de retraite à venir comme un «revenu» afin de déterminer sa capacité de verser une pension alimentaire. L’appelant prétend qu’il s’agit d’une erreur, car la majeure partie de la pension avait déjà fait l’objet du calcul d’égalisation en tant que «bien», et que le fait de considérer la pension comme un «revenu» pour la détermination de la pension alimentaire entraînerait une «double ponction» par l’intimée dans la pension de l’appelant.

Tant les tribunaux que les commentateurs semblent divisés sur la question de savoir si une pension qui a servi comme bien aux fins du calcul d’égalisation peut également être considérée comme un revenu aux fins du paiement de la pension alimentaire par le conjoint participant. Plusieurs sources semblent être d’avis que, aux fins de détermination du montant de la pension, il faut à tout le moins tenir compte du fait que la pension a servi à l’égalisation, voire exclure totale-

Income?» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 315, at p. 323; *Shadbolt v. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 266; *Butt v. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415 (Ont. H.C.), at p. 420; *Veres v. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447 (Ont. H.C.), at p. 455. Other cases have expressed no concern with treating a pension as both property to be equalized and income from which to demand support. These cases generally state that the pension-holding spouse may always petition the court to vary the support order if support payments become too onerous after retirement. See, e.g., *Nantais v. Nantais* (1995), 26 O.R. (3d) 453 (Gen. Div.), at pp. 458-59; *Rivers v. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 94-95; *Flett v. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24 (Ont. U.F.C.), at p. 34.

Although double-dipping is a serious problem when spousal support orders are based in part on an equalized pension, I do not believe these concerns arise here. Rutherford J.'s reasons in granting spousal support do not suggest that he considered the pension as a source of income for the appellant. He discussed only the appellant's professional employment at the time, contrasting it with the respondent's lower chances of finding work. It appears that Rutherford J. concluded that the appellant had sufficient assets, even excluding the portion of the pension attributable to the marriage, to continue paying support as long as he continued to draw a salary. The appellant does not argue that this conclusion was unreasonable.

It is important to note that the trial judge was correct in taking into account the appellant's continued employment when fixing the quantum of spousal support. As a general rule, the trial judge is entitled to consider any evidence available up to the time of trial. The parties' choice of a termina-

ment la partie incluse dans le paiement d'égalisation. Voir, par exemple, T. J. Walker, «Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and Income?» (1994), 10 *C.F.L.Q.* 315, à la p. 323; *Shadbolt c. Shadbolt* (1997), 32 R.F.L. (4th) 253 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 266; *Butt c. Butt* (1989), 22 R.F.L. (3d) 415 (H.C. Ont.), à la p. 420; *Veres c. Veres* (1987), 9 R.F.L. (3d) 447 (H.C. Ont.), à la p. 455. Dans certaines décisions, les tribunaux n'ont vu aucun problème à traiter une pension à la fois comme un bien devant faire l'objet de l'égalisation et comme un revenu visé par la demande de pension alimentaire. Ces décisions indiquent généralement que le conjoint participant peut toujours demander au tribunal de modifier l'ordonnance alimentaire si les paiements faits à ce titre deviennent trop onéreux après la retraite. Voir, par exemple, *Nantais c. Nantais* (1995), 26 O.R. (3d) 453 (Div. gén.), aux pp. 458 et 459; *Rivers c. Rivers* (1993), 47 R.F.L. (3d) 90 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 94 et 95; *Flett c. Flett* (1992), 43 R.F.L. (3d) 24 (C.U.F. Ont.), à la p. 34.

120 Quoique l'effet de double ponction soit un problème sérieux lorsque l'ordonnance alimentaire est fondée en partie sur une pension ayant fait l'objet du calcul d'égalisation, je ne crois pas que ce problème se soulève en l'espèce. Il ne ressort pas des motifs exposés par le juge Rutherford au soutien de la pension alimentaire qu'il a considéré la pension comme une source de revenu pour l'appellant. Il a uniquement parlé de la situation professionnelle de l'appellant à ce moment-là, par opposition aux faibles chances de l'intimée de trouver du travail. Il semble que le juge Rutherford a conclu que l'appellant disposait de biens suffisants, même en excluant la partie de la pension attribuable à la période du mariage, pour être en mesure de payer une pension tant qu'il continuerait de recevoir un salaire. L'appellant ne prétend pas que cette conclusion était déraisonnable.

121 Il importe de souligner que le juge du procès a eu raison de tenir compte du fait que l'appellant travaillait toujours lorsqu'il a fixé le montant de la pension alimentaire. En règle générale, le juge du procès peut prendre en considération tout élément de preuve qui était connu au moment du procès.

tion method of pension valuation in this case constituted a narrow exception to this rule — events occurring after separation and before trial became irrelevant to the valuation of the pension, except as they showed facts in the parties' contemplation on the separation date. Thus there was no error in valuing the pension as though the appellant terminated employment in 1988, even though in determining spousal support the trial judge recognized that the appellant was still employed in 1993.

122 Given that the order made the amount of spousal support contingent on the appellant's salary as a school principal, it would appear that in view of his retirement the order might now be varied on the basis of a change in circumstances, if, in fact, circumstances have changed. The vehicle for these determinations is an application to vary support obligations.

#### D. Costs

123 Rutherford J.'s separate endorsement regarding costs awarded the respondent \$45,000, largely because the respondent was successful in pleading that the value-added method was the preferable pension valuation method under the *Family Law Act*. That position has not prevailed on the appeal before this Court. However, in light of the fact that the dispute was legitimate and complex, I do not believe either party should recover costs from the other. The parties will therefore bear their own costs in all courts.

#### VI. Conclusion and Disposition

124 As noted at the beginning of these lengthy reasons, the Ontario legislature's silence on the issue of pension valuation has forced the unenviable task of choosing a pension valuation method into the hands of the parties themselves. A pension is often the most substantial asset owned by a married couple, and — as here, unfortunately — the signif-

Dans le présent cas, le choix par les parties de la méthode d'évaluation de la pension à la cessation d'emploi a constitué une exception limitée à cette règle — les événements survenus après la séparation mais avant le procès sont devenus non pertinents pour l'évaluation de la pension, sauf dans la mesure où ils révélaient ce que les parties envisageaient à la date de la séparation. Par conséquent, le fait d'évaluer la pension en considérant que l'appelant avait cessé de travailler en 1988 n'a pas constitué une erreur, même si, dans la fixation de la pension alimentaire, le juge du procès a reconnu que l'appelant travaillait toujours en 1993.

Compte tenu du fait que, suivant l'ordonnance, le montant de la pension alimentaire était tributaire du salaire que touchait l'appelant comme directeur d'école, il semble que; vu son départ à la retraite, l'ordonnance pourrait être modifiée sur la base d'un changement de circonstances, si, dans les faits, les circonstances ont changé. Le moyen de faire trancher ces questions est de présenter une demande de modification des obligations alimentaires.

#### D. Dépens

Dans la décision distincte qu'il a rendue sur les dépens, le juge Rutherford a adjugé la somme de 45 000 \$ à l'intimée, principalement parce qu'elle a plaidé avec succès que la méthode de la valeur ajoutée était la méthode préférable pour évaluer la pension en application de la *Loi sur le droit de la famille*. Cette thèse n'a pas été retenue par notre Cour. Toutefois, comme il s'agissait d'un litige légitime et complexe, je n'estime pas que l'une ou l'autre des parties devrait être condamnée aux dépens. Par conséquent, les parties supporteront leurs propres dépens dans toutes les cours.

#### VI. Conclusion et dispositif

Ainsi que je l'ai mentionné au début de ces longs motifs, le silence du législateur ontarien sur la question de l'évaluation des pensions a mis les parties elles-mêmes dans la situation peu enviable d'avoir à choisir la méthode d'évaluation des pensions. La pension est souvent le bien le plus important que possède un couple marié, et — comme

icant disparity in valuations under different methods make agreement impossible. It is therefore necessary for courts to choose a valuation technique appropriate to each case as it comes before them. In accordance with the aims of the *Family Law Act*, I have chosen the *pro rata* method as the most equitable for valuing defined benefit pensions.

It is the parties who suffer from the lack of legislative guidance. The known costs of this litigation are disproportionate to the amount in dispute. Duelling actuaries are an unfortunate consequence and a serious expense in divorce cases involving defined benefit pensions. This regrettable situation will continue until legislation is enacted to provide guidance on the valuation of defined benefit pensions in equalization calculations. The necessity of such assistance has been raised in the past by family law practitioners, the actuarial profession, the courts, and the academy, in the hope of resolving this complicated and expensive issue.

The case is remanded to the trial court for the limited purpose of recalculating the equalization payment in accordance with the termination *pro rata* method, using an assumed retirement date of September 9, 1992. The other aspects of the equalization calculation that have not been appealed shall be applied in the same way they were applied in the trial court. In order to reduce the further costs of litigation, it would serve the parties' interest to reach an agreement on the amount of the equalization obligation. If agreement is impossible, the trial court may appoint a special master to value the pension in accordance with these reasons. The parties shall bear their own costs in all courts.

The appeal is allowed on the issues of the valuation method and costs. In all other respects, the appeal is dismissed.

c'est malheureusement le cas en l'espèce — l'écart considérable entre les évaluations produites par les différentes méthodes rend un accord impossible. Il est donc nécessaire que, dans chaque cas, le tribunal choisisse la technique d'évaluation adaptée à l'affaire dont il est saisi. Conformément aux objectifs de la *Loi sur le droit de la famille*, je conclus que la méthode au prorata est la méthode la plus équitable pour évaluer les pensions à prestations déterminées.

Ce sont les parties qui souffrent de ce manque d'encadrement législatif. Les coûts connus de ce litige sont disproportionnés par rapport à la somme en litige. Un duel d'actuares est une conséquence malheureuse ainsi qu'une dépense considérable dans les actions en divorce où une pension à prestations déterminées est en jeu. Cette situation regrettable persistera tant que des dispositions législatives n'auront pas été édictées afin d'encadrer l'évaluation des pensions à prestations déterminées aux fins des calculs d'égalisation. Tant des avocats spécialisés en droit de la famille que la profession actuarielle, les tribunaux et des universitaires ont souligné, dans le passé, la nécessité de cette aide, dans l'espoir que ce problème complexe et coûteux puisse être résolu.

L'affaire est renvoyée au tribunal de première instance à seule fin de calculer à nouveau le montant d'égalisation en conformité avec la méthode au prorata à la cessation d'emploi en utilisant le 9 septembre 1992 comme date de retraite présumée. Les autres aspects du calcul d'égalisation qui n'ont pas été portés en appel s'appliquent comme ils l'ont été en première instance. Afin de réduire les coûts supplémentaires du litige, il serait dans l'intérêt des parties de s'entendre sur le montant de l'obligation d'égalisation. Si cela s'avère impossible, le tribunal de première instance pourra nommer un protonotaire spécial chargé d'évaluer la pension conformément aux présents motifs. Les parties supporteront leurs propres dépens dans toutes les cours.

Le pourvoi est accueilli sur la question de la méthode d'évaluation et sur celle des dépens. Il est rejeté par ailleurs.

125

126

127

128

The issues posed in this case are answered as follows:

1. Did the Court of Appeal and the trial judge err in concluding that the *Family Law Act* requires the use of the value-added method to value a defined benefit pension for purposes of the equalization calculation?

Yes.

2. Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's finding that the appellant was likely to retire on September 9, 1992?

No.

3. Should the Court of Appeal have allowed the appellant to settle his equalization obligation on an "if and when" basis?

No.

4. Should the Court of Appeal have ordered that the appellant's spousal support obligation terminated at his retirement?

No.

5. Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's decision regarding costs?

Yes.

The following are the reasons delivered by

129

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — The main issue in this appeal relates to the division, at the date of separation of the parties, of one of the family assets, the appellant's pension. This involves the interpretation of valuing pensions according to s. 4 of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 (hereinafter the "Act").

130

The narrow point of dispute between the parties essentially concerns the use of two methods of calculating such a pension, i.e., the value-added or the *pro rata* method. I agree with my colleague

Voici les réponses aux questions soulevées dans le présent pourvoi:

1. La Cour d'appel et le juge de première instance ont-ils commis une erreur en concluant que la *Loi sur le droit de la famille* exige le recours à la méthode de la valeur ajoutée pour évaluer une pension à prestations déterminées aux fins du calcul d'égalisation?

Oui.

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la conclusion du juge de première instance que l'appellant prendrait probablement sa retraite le 9 septembre 1992?

Non.

3. La Cour d'appel aurait-elle dû permettre à l'appellant de s'acquitter de son obligation d'égalisation sur une base «conditionnelle»?

Non.

4. La Cour d'appel aurait-elle dû ordonner que l'obligation alimentaire de l'appellant en faveur de son ex-épouse prenne fin à la date de son départ à la retraite?

Non.

5. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge de première instance concernant les dépens?

Oui.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — La principale question en litige dans le présent pourvoi concerne le partage, à la date de la séparation des parties, de l'un des biens du patrimoine familial, la pension de retraite de l'appellant. Afin de trancher cette question, il est nécessaire d'interpréter les dispositions relatives à l'évaluation des pensions prévues à l'art. 4 de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 (ci-après la «Loi»).

Le nœud du litige entre les parties a trait essentiellement au fait que deux méthodes sont utilisées pour calculer de telles pensions: la méthode de la valeur ajoutée et la méthode au prorata. À l'instar

(at para. 48) that while both methods of valuation may be accepted in the actuarial profession, the choice of which method ought to be used for family law purposes remains a legal matter, and therefore, a matter of compliance with the applicable legislation.

I also subscribe entirely to conclusions 2, 3 and 4 that my colleague reaches on subsidiary and connex issues. I disagree with conclusions 1 and 5 which I would answer in the negative. Conclusion 1 relates to the appropriate method of calculating the pension asset at the time of separation. My colleague finds that the *pro rata* method is the more appropriate method of calculation for defined benefit pensions. He reaches this result for essentially the following reasons:

1. Section 4(1) of the Act allows for both methods of calculation.
2. The silence of the Act on a specific method of evaluation requires the courts to value the pension according to the method that values the pension most equitably.
3. The nature of a defined benefit pension suggests that a different method than that which is commonly used for other assets should be used.
4. Thus the *pro rata* method values the pension most equitably.

I disagree with each of these arguments and, in so doing, I adopt the reasons of the trial judge, Rutherford J. (1993), 50 R.F.L. (3d) 120, and the unanimous Court of Appeal (1997), 35 O.R. (3d) 577 (Finlayson, Doherty, and Charron J.J.A.). Both courts adopted the value-added method as the proper one in the evaluation of pensions in

de mon collègue (au par. 48), je suis d'accord que, même si ces deux méthodes d'évaluation sont acceptées par la profession actuarielle, le choix de celle qui devrait être employée en droit de la famille est une question de droit et, par conséquent, une question de conformité avec la législation applicable.

Je souscris, en outre, entièrement aux conclusions 2, 3 et 4 auxquelles en arrive mon collègue relativement aux questions subsidiaires et connexes. Je ne suis, toutefois, pas d'accord avec les conclusions 1 et 5, auxquelles je répondrais plutôt par la négative. La conclusion 1 a trait à la méthode qui doit être utilisée pour calculer la pension de retraite au moment de la séparation. Mon collègue estime que la méthode au prorata est celle qui convient le mieux au calcul des pensions de retraite à prestations déterminées. Il arrive à ce résultat essentiellement pour les motifs suivants:

1. Le paragraphe 4(1) de la Loi permet le recours aux deux méthodes de calcul.
2. Le fait que la Loi ne prescrive pas expressément une méthode donnée oblige les tribunaux à déterminer la valeur de la pension au moyen de la méthode qui donne le résultat le plus équitable.
3. En raison de la nature des pensions à prestations déterminées, une méthode d'évaluation différente de celle qui est couramment utilisée pour d'autres biens devrait être utilisée pour ces pensions.
4. Par conséquent, la méthode au prorata est celle qui permet de déterminer le plus équitablement la valeur de la pension.

Je ne souscris à aucun de ces arguments et, ce faisant, j'adopte les motifs du juge de première instance, le juge Rutherford (1993), 50 R.F.L. (3d) 120, ainsi que les motifs unanimes de la Cour d'appel (1997), 35 O.R. (3d) 577 (les juges Finlayson, Doherty et Charron). Ces tribunaux ont considéré que la méthode de la valeur ajoutée était celle qu'il convenait d'utiliser pour évaluer les pensions de retraite conformément à la Loi. Leurs

131

132

accordance with the Act. Their conclusions rest essentially on the following propositions:

1. The value-added method is entirely more consistent with the Act.
2. The use of a different approach cannot be justified on the basis that it is an asset of a different nature in the face of the Act.
3. The value-added approach produces a fairer value of the pension accruals during marriage.

I will briefly comment on each of these propositions.

#### I. Section 4 of the Act: The Division of Pensions

133

My colleague has made a thorough analysis of each method of calculating the pension. Although I subscribe to most of his analysis, I do not wholly accept his characterization of the value-added method. I prefer the summary of the two methods that is succinctly set out in the reasons of Charron J.A. writing for the Ontario Court of Appeal at p. 587:

Under the value-added approach, the value of the pension is determined at the date of marriage and again at the date of separation. The value accrued during the marriage is then determined by deducting the first value from the second. The value which is used in the determination of the net family property is therefore that portion of the value which was "added" during the time of marriage; hence the expression "value added".

Under the *pro rata* approach the accrued pension to the date of separation is also calculated. The value attributable to the years of marriage is then determined by pro-rating this pension value on the ratio of either: (a) the benefits accrued during the marriage to the total accrued benefits (*pro rata* on benefits), or (b) the years worked during the marriage to the total years worked by the pension holder (*pro rata* on service).

conclusions reposent essentiellement sur les propositions suivantes:

1. La méthode de la valeur ajoutée est nettement plus compatible avec la Loi.
2. On ne saurait justifier le recours à une méthode différente sur le fondement qu'une pension est un bien d'une nature différente au regard de la Loi.
3. La méthode de la valeur ajoutée donne une évaluation plus équitable de l'augmentation de la valeur de la pension durant le mariage.

Je commenterai brièvement chacune de ces propositions.

#### I. L'article 4 de la Loi: le partage des pensions

Mon collègue a fait une analyse approfondie de chacune des méthodes de calcul de la pension de retraite. Bien que je souscrive à la majeure partie de son analyse, je ne suis pas entièrement d'accord avec sa caractérisation de la méthode de la valeur ajoutée. Je préfère le résumé succinct des deux méthodes qu'en fait le juge Charron, qui a rédigé le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario, à la p. 587:

[TRADUCTION] Selon la méthode de la valeur ajoutée, la valeur de la pension de retraite est déterminée d'abord à la date du mariage, puis à la date de la séparation. On calcule ensuite l'augmentation de la valeur de la pension durant le mariage en retranchant la valeur à la date du mariage de la valeur à la date de la séparation. Le chiffre qui est utilisé pour déterminer la valeur des biens familiaux nets est donc la partie de la valeur qui s'est «ajoutée» pendant la durée du mariage, d'où l'expression «valeur ajoutée».

Selon la méthode au prorata, on calcule également l'augmentation de la valeur de la pension de retraite à la date de la séparation. La valeur attribuable aux années de mariage est ensuite déterminée en calculant au prorata la valeur de la pension suivant la ratio que représentent: a) soit les prestations accumulées pendant le mariage par rapport au chiffre total des prestations accumulées (prorata des prestations); b) soit les années travaillées pendant le mariage par rapport au total des années travaillées par le titulaire de la pension (prorata du service).

The Act stipulates in s. 4(1) that “net family property” is defined, for the purposes of s. 5, as the value to be calculated by deducting the value of all property on the date of marriage from the value of all property on the date of separation as follows:

4. — (1) In this Part,

“net family property” means the value of all the property, except property described in subsection (2), that a spouse owns on the valuation date, after deducting,

- (a) the spouse’s debts and other liabilities, and
- (b) the value of property, other than a matrimonial home, that the spouse owned on the date of marriage, after deducting the spouse’s debts and other liabilities, calculated as of the date of the marriage. . . . [Emphasis added.]

To my mind, the value-added method is the only one which captures the letter and the spirit of this language. In this sense, the Act is not silent as my colleague asserts. It clearly sets out the method of calculation, although it does not specifically mention the value-added method. I agree with the trial judge when he concludes, at p. 140, “I do not see the prorated method as consistent with the equalization of the value of property contemplated by s. 5 of the *Family Law Act*”. With respect, I cannot accept the premise put forward by my colleague that both methods satisfy the criteria set out in the Act. Moreover, even if I were to accept such a premise, I maintain that the courts must go further to determine the method which best accords with the Act, as noted by the Ontario Court of Appeal at p. 590:

In light of the provisions of the Act, it is my view that the trial judge in this case was correct in his analysis and conclusion. The value-added approach is entirely more consistent with the formula set out in the Act for the calculation of net family property and with the methodology used with respect to other assets. [Emphasis added.]

Au paragraphe 4(1), la Loi dispose que, pour l’application de l’art. 5, l’expression «biens familiaux nets» est la valeur obtenue en déduisant celle de tous les biens à la date du mariage de celle de tous les biens à la date de la séparation:

4 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«biens familiaux nets» Valeur de tous les biens, à l’exception des biens décrits au paragraphe (2), dont le conjoint est le propriétaire à la date d’évaluation, après déduction des éléments suivants:

- a) ses dettes et autres éléments de passif,
- b) la valeur des biens, à l’exception d’un foyer conjugal, dont le conjoint était le propriétaire à la date du mariage, après déduction de ses dettes et autres éléments de passif, calculée à la date du mariage. . . . [Je souligne.]

Selon moi, la méthode de la valeur ajoutée est la seule qui respecte l’esprit et la lettre de ce texte. En ce sens, la Loi n’est pas muette sur ce point, contrairement à ce qu’affirme mon collègue. Elle décrit clairement la méthode de calcul, même si elle ne mentionne pas expressément qu’il s’agit de la méthode de la valeur ajoutée. Je partage l’avis du juge de première instance, à la p. 140, lorsqu’il conclut [TRADUCTION] «je ne considère pas que la méthode au prorata est compatible avec l’égalisation de la valeur des biens qui est envisagée par l’art. 5 de la *Loi sur le droit de la famille*». Avec égards, je ne peux accepter la prémisse avancée par mon collègue que les deux méthodes satisfont aux critères énoncés dans la Loi. De plus, même si je devais accepter une telle prémisse, je maintiens que les tribunaux doivent aller plus loin pour déterminer quelle est la méthode la plus conforme à la Loi, comme l’a souligné la Cour d’appel de l’Ontario, à la p. 590:

[TRADUCTION] Compte tenu des dispositions de la Loi, je suis d’avis que l’analyse et la conclusion du juge de première instance étaient justes en l’espèce. L’approche fondée sur la valeur ajoutée est nettement plus compatible avec la formule énoncée dans la Loi pour calculer la valeur des biens familiaux nets et avec la méthodologie employée à l’égard d’autres biens. [Je souligne.]

135 Where the value-added method involves making assumptions on two separate dates at two separate times (the date of marriage and the date of separation), the *pro rata* method makes such assumptions from just one date (the date of separation). As Justice Major points out at para. 4 in his discussion of the *pro rata* method, “[t]he value on the date of marriage is obtained by multiplying the value on the date of separation by a fraction equal to the number of years of pensionable service that occurred prior to the marriage over the total number of years of pensionable service prior to separation”. I find it problematic that the value at the date of marriage under the *pro rata* method cannot be determined without relying upon the value of the asset at the date of separation multiplied by a fraction representing service for years that fall completely outside of the marriage.

136 While the general purpose of the matrimonial property statutes is to effect the adjustment of property in an equitable manner (see *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, at p. 836), the specific purpose of the valuation of the pension under the Act is to determine the increase in the value of the assets during the marriage. The language of the Preamble recognizes marriage as a form of partnership and the equal position of the spouses as individuals within marriage as follows:

Whereas it is desirable to encourage and strengthen the role of the family; and whereas for that purpose it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and to recognize marriage as a form of partnership. . . .

With this in mind, I do not share the view of my colleague (at para. 66) that “[t]he Court’s duty is to determine which valuation most fairly apportions the pension’s value to the pre-marital and marital periods”. I suggest that the legislature has already seen fit to develop a scheme for such an apportionment and that the duty of this Court in the present case is merely to use the valuation method which

Alors que, suivant la méthode de la valeur ajoutée, il faut faire des hypothèses à deux dates données et à deux moments distincts (la date du mariage et celle de la séparation), selon la méthode au prorata, de telles hypothèses ne sont requises qu’à une seule date (la date de la séparation). Comme le fait remarquer le juge Major, au par. 4, dans son examen de la méthode au prorata, «[l]a valeur de la pension à la date du mariage est obtenue en multipliant la valeur à la date de la séparation par une fraction égale au nombre d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant le mariage divisé par le nombre total d’années de service ouvrant droit à pension accumulées avant la séparation». Je considère problématique que, suivant la méthode au prorata, la valeur de la pension de retraite à la date du mariage ne puisse être déterminée sans utiliser la valeur du bien à la date de la séparation multipliée par une fraction représentant des années de service qui n’ont pas été accumulées pendant le mariage.

Bien que l’objectif général des lois sur le patrimoine familial soit de pourvoir à la répartition équitable de ces biens (voir *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, à la p. 836), l’objectif précis de l’évaluation de la pension de retraite en vertu de la Loi est de déterminer l’augmentation de la valeur des biens survenue pendant le mariage. Le texte du préambule reconnaît, dans les termes suivants, que le mariage est une forme de société et que les conjoints sont égaux dans le mariage:

Attendu qu’il est souhaitable d’encourager et de consolider le rôle de la famille; attendu qu’il est nécessaire, pour atteindre ce but, de reconnaître l’égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société . . .

Gardant ceci à l’esprit, je ne suis pas d’accord avec mon collègue lorsqu’il affirme (au par. 66) qu’«[i]l incombe à la Cour de déterminer quelle est la méthode d’évaluation qui répartit le plus équitablement la valeur de la pension entre la période antérieure au mariage et la période du mariage elle-même». J’estime que la législature a déjà établi un régime permettant une telle répartition et que, dans le présent cas, notre Cour est simplement tenue d’utiliser la méthode d’évaluation qui permet le

best determines the increase in the value of the pension for the marriage partners.

The Act quite simply stipulates that the value of the asset is to be determined by subtracting one specific value from another. In addition, the statute stipulates in s. 4(4) that each value must be determined as of the close of that particular business day:

4. . . .

(4) When this section requires that a value be calculated as of a given date, it shall be calculated as of close of business on that date. [Emphasis added.]

Thus, the Act requires the value of all assets at the close of the business day on the date of marriage be subtracted from the value of all assets at the close of the business day on the date of separation (*Rawluk v. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704 (H.C.)). In keeping with the Act, the actuarial Standards of Practice also require that the value at the date of marriage be calculated according to interest rates "as of a given date". According to G. E. Burrows, writing in his capacity as President of Pension Valuers of Canada in "Value Added or Pro Rata?" in *Money & Family Law*, vol. 10, no. 6, June 1995, p. 48, at p. 50:

The Standard of Practice for the Computation of the Capitalized Value of Pension Entitlements on Marriage Breakdown for Purposes of Lump-Sum Equalization Payments established by the Canadian Institute of Actuaries states (on pp. 7 and 8) that the economic assumptions used to develop a value at the date of marriage must be based on rates developed according to interest rates at that particular time. This can only be accomplished by using the "Value Added" method, as the value used in the "Pro-Rata" approach uses rates in effect at the date of separation, which are often quite different from the rates in effect at the date of marriage. Of course, the choice of a different rate at the date of marriage could produce a much different value. [Emphasis added.]

In my estimation, a particular method of valuation will either conform with these straightforward requirements or it will not. I find that the mathematical gymnastics required by the *pro rata* method in order to enable the courts to arrive at a

mieux de déterminer l'augmentation de la valeur de la pension de retraite pour les conjoints.

La Loi dispose tout simplement que la valeur du bien doit être déterminée en déduisant une valeur donnée d'une autre. Elle précise en outre, au par. 4(4), que le calcul d'une valeur se fait à la fermeture des bureaux à cette date.

4 . . .

(4) Lorsque le présent article prévoit qu'une valeur soit calculée à une date donnée, le calcul se fait à la fermeture des bureaux à cette date. [Je souligne.]

Par conséquent, la Loi exige que la valeur de tous les biens à la fermeture des bureaux à la date du mariage soit déduite de la valeur de tous les biens à la fermeture des bureaux à la date de la séparation (*Rawluk c. Rawluk* (1986), 55 O.R. (2d) 704 (H.C.)). En conformité avec la Loi, les normes de pratique actuarielles précisent également que la valeur à la date du mariage doit être calculée conformément aux taux d'intérêt «à une date donnée». Selon G. E. Burrows, qui a écrit ce qui suit en sa qualité d'ancien président des Pension Valuers of Canada, dans son article «Value Added or Pro Rata?» publié dans *Money & Family Law*, vol. 10, n° 6, juin 1995, p. 48, à la p. 50:

[TRADUCTION] La Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation établie par l'Institut canadien des actuaires précise (aux pp. 7 et 8) que les hypothèses économiques utilisées pour déterminer une valeur donnée à la date du mariage doivent reposer sur des taux établis conformément aux taux d'intérêt en vigueur à cette date. Cela n'est possible qu'au moyen de la méthode de la «valeur ajoutée», car la méthode «au prorata» utilise les taux en vigueur à la date de la séparation, qui diffèrent souvent des taux en vigueur à la date du mariage. Évidemment, le choix d'un taux différent à la date du mariage pourrait donner une valeur très différente. [Je souligne.]

À mon avis, ou bien une méthode d'évaluation donnée se conforme à ces exigences simples ou bien elle ne s'y conforme pas. J'estime que la gymnastique mathématique requise par la méthode au prorata pour permettre aux tribunaux de déter-

value at the date of marriage conform neither with the stated requirements of the Act nor with its wording.

139

My colleague argues, at para. 55, that s. 4(1) of the Act “does not provide that the value at marriage cannot be mathematically derived from the value at separation”. With the greatest of respect, this approach does nothing more than reverse the basic principles of interpretation. The primary consideration of courts must be to abide by the legislation enacted by the Parliament or the legislature. As Cory and Iacobucci JJ. stated recently for this Court in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 25: “the proper construction of a statutory provision flows from reading the words of the provision in their grammatical and ordinary sense, and in their entire context, harmoniously with the scheme of the statute as a whole, the purpose of the statute, and the intention of Parliament”. See also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 219; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 131. An earnest interrogation into the intentions of the legislature must prevail over any preoccupation with loopholes which may be found pursuant to what the legislature has failed to prohibit. This is particularly true in an enabling statute. I see no reason in this case for this Court to depart from the clear and unambiguous wording of the statute and the assumption that the legislature intended to say exactly what is written.

140

The appellant places considerable weight upon the recommendations of the 1995 report of the Ontario Law Reform Commission entitled *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division* (hereinafter OLRG Report). What the appellant fails to mention, however, is that in its analysis of the strengths and weaknesses of the valuation methods, the OLRG itself (at p. 147) gave credence to the argument that the value-added approach produces “a fairer value of

miner une valeur donnée à la date du mariage ne répond ni aux exigences expresses de la Loi ni à son libellé.

Mon collègue affirme, au par. 55, que le par. 4(1) de la Loi «ne précise pas que la valeur à la date du mariage ne peut pas être dérivée mathématiquement de la valeur à la date de la séparation». Avec égards, cette approche va tout simplement à l'encontre des principes fondamentaux d'interprétation. Le principal souci des tribunaux doit être de se conformer aux dispositions législatives adoptées par le Parlement ou la législature. Comme les juges Cory et Iacobucci l'ont dit récemment pour notre Cour dans l'arrêt *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 25: «il faut, pour interpréter correctement une disposition de loi, lire les termes de la disposition en suivant leur sens grammatical et ordinaire et dans leur contexte global, en harmonie avec l'économie générale de la loi, son objet ainsi que l'intention du législateur». Voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 243; E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 87; *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), par. R. Sullivan, à la p. 131. Il faut rechercher consciencieusement l'intention de la législature plutôt que s'attacher à découvrir les failles que pourrait contenir la loi eu égard aux interdictions que la législature a omis d'y inscrire. Ceci est particulièrement vrai dans le cas des lois habilitantes. Je ne vois aucune raison en l'espèce pour laquelle notre Cour devrait s'écarter du texte clair et non ambigu de la Loi et déroger à la présomption que la législature avait l'intention de dire exactement ce qui est écrit.

L'appelant accorde un poids considérable aux recommandations formulées par la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son rapport de 1995 intitulé *Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division* (ci-après le Rapport de la CRDO). Il omet toutefois de mentionner que, dans son analyse des points forts et des points faibles des méthodes d'évaluation, la CRDO elle-même adhère (à la p. 147) à l'argument suivant lequel la méthode de la valeur ajoutée donne

pension accruals during marriage because it reflects the fact that in most defined benefit plans (final average or best years), the pension that is earned in the later years is higher in value" (emphasis added).

The appellant also highlights the need for simplicity by relying on the following OLRC recommendation (at p. 148):

On reflection, the Commission has determined that it should give preference to the *pro rata* on service method. In making this selection, the Commission seeks to provide a solution that, while fair to the parties, provides the least complex solution to the adjustment issue. In the Commission's view, the *pro rata* on service method meets this criterion.

While I do not agree with the proposition that the *pro rata* method is less complex, I am also mindful that simplicity is not the purpose of the Act. More importantly, this recommendation was clearly not the one retained by the legislature.

However helpful the insights of the Commission may have been, the legislature is not bound in any way to implement its recommendations and its authority is nothing more than persuasive for the courts. It is clear that the legislature, in the face of two separate recommendations to do so, has not judged fit to amend the Act. (See both the 1993 report of the Ontario Law Reform Commission entitled *Report on Family Property Law*, at p. 145, and the 1995 OLRC Report, at p. 148.) I share the view of Charron J.A., at p. 590, where she writes:

I certainly agree with the Commission's view that clarification of the law is critically important, not only on this issue but with respect to many other aspects of pension valuation and division. While much may be said in favour of a legislative response as recommended by the Commission, the court cannot provide for such a remedy. It is bound by the existing statutory provisions. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] «une évaluation plus juste de la pension accumulée pendant le mariage parce qu'elle tient compte du fait que, dans la plupart des régimes de pension à prestations déterminées (pension fin de carrière ou meilleures années), la pension accumulée au cours des dernières années a une valeur plus élevée» (je souligne).

L'appellant fait aussi ressortir le besoin de simplicité en s'appuyant sur la recommandation suivante de la CRDO (à la p. 148):

[TRADUCTION] Tout bien réfléchi, la Commission a décidé qu'elle devait donner sa préférence à la méthode au prorata du service. En faisant ce choix, la Commission cherche une solution qui, tout en étant juste pour les parties, est la moins complexe du point de vue du rajustement. De l'avis de la Commission, la méthode au prorata du service satisfait à ce critère.

Bien que je ne sois pas d'accord que la méthode au prorata est moins complexe, je suis également consciente du fait que la simplicité n'est pas l'objectif visé par la Loi. Fait plus important encore, cette recommandation n'est manifestement pas celle qui a été retenue par la législature.

Aussi utile que puisse avoir été l'opinion de la Commission, la législature n'est nullement tenue de donner suite aux recommandations de cette dernière, dont l'autorité ne peut tout au plus être invoquée que pour tenter de convaincre les tribunaux. Il est clair que la législature, malgré deux recommandations distinctes l'invitant à le faire, n'a pas jugé bon de modifier la Loi. (Voir le rapport de 1993 de la Commission de réforme du droit de l'Ontario intitulé *Report on Family Property Law*, à la p. 145, ainsi que le Rapport la CRDO de 1995, à la p. 148.) Je partage l'avis du juge Charron, lorsqu'elle écrit, à la p. 590:

[TRADUCTION] Je suis certes d'accord avec la Commission qu'il est extrêmement important de clarifier la Loi, non seulement sur cette question mais également en ce qui concerne de nombreux autres aspects de l'évaluation et du partage des pensions. Bien qu'il y ait beaucoup à dire en faveur d'une intervention du législateur comme celle recommandée par la Commission, la cour ne peut pas accorder une telle réparation. Elle est liée par les dispositions législatives existantes. [Je souligne.]

141

142

143

In contrast with the opinion expressed by my colleague, at para. 56, I hold the view that the entire OLRC Report was specifically anchored in the need for a legislative amendment. The Commission recognized that an amendment to the Act was required (at p. 87):

The mandatory provisions for valuing pensions should be set out in the regulations to the *Family Law Act*. This will require an amendment to the *Family Law Act*, providing that the value of pension property is to be determined in accordance with prescribed regulations.

The Commission therefore recommends that the *Family Law Act* should be amended to provide the valuation of defined benefit plans for the purposes of determining an equalization entitlement under section 5 of the Act be made in accordance with "Pension Valuation Regulations" promulgated under that Act. [Emphasis added.]

In my view, without amendments that provide for specific valuation according to the individual characteristics of each asset to be valued, the *pro rata* method falls outside the present scheme. My colleague takes the position that the Commission did not maintain that the *pro rata* method is foreclosed by the Act. In my estimation, the Commission did not address this issue directly because its recommendations (at pp. 86 and 87) were premised upon the view that the process of valuing pension property under the Act required reform. This premise was predicated on the divided case law and the demand for certainty (at pp. 85 *et seq.*). This need for certainty was also recognized by this Court in *Clarke, supra*.

144

At no time did the Commission recommend that the *pro rata* method be used without the benefit of a comprehensive regulatory scheme that addressed individual pension formulae. An example of the breadth and specific nature of such an undertaking can be found in Part 6 of British Columbia's *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128. This is not a task for the courts. In the interim, I believe that it is the role of this Court to interpret the

Contrairement à l'opinion exprimée par mon collègue, au par. 56, je suis d'avis que le Rapport de la CRDO était expressément axé sur la nécessité d'adopter une modification législative. La Commission a reconnu qu'il était nécessaire de modifier la Loi (à la p. 87):

[TRADUCTION] Les dispositions impératives en matière d'évaluation des pensions devraient être énoncées dans un règlement d'application de la *Loi sur le droit de la famille*. À cette fin, il faudra modifier la *Loi sur le droit de la famille* et indiquer que la valeur de la pension doit être calculée en conformité avec les dispositions réglementaires prescrites.

La Commission recommande donc que la *Loi sur le droit de la famille* soit modifiée pour y indiquer que l'évaluation des pensions à prestations déterminées aux fins de détermination du droit à l'égalisation prévue à l'art. 5 de la Loi soit effectuée en conformité avec un «Règlement sur l'évaluation des pensions» pris en vertu de cette loi. [Je souligne.]

À mon avis, en l'absence de modifications prescrivant la réalisation d'une évaluation particulière en fonction des caractéristiques individuelles de chaque bien à évaluer, la méthode au prorata n'est pas prévue par le régime actuel. La position de mon collègue est que la Commission n'a pas soutenu que la Loi fait obstacle à l'utilisation de la méthode au prorata. Selon moi, la Commission n'a pas traité directement de cette question parce que ses recommandations (aux pp. 86 et 87) reposaient sur la prémisse qu'il était nécessaire de réformer le processus d'évaluation des pensions prévu par la Loi. Cette prémisse s'appuyait sur l'existence de décisions judiciaires contradictoires et sur le besoin de certitude (aux pp. 85 et suiv.), besoin qu'a également reconnu notre Cour dans l'arrêt *Clarke*, précité.

En aucun temps la Commission a-t-elle recommandé le recours à la méthode au prorata en l'absence d'un régime réglementaire exhaustif prévoyant diverses formules de calcul des pensions. On trouve une illustration de l'ampleur et de la nature particulière d'une telle opération à la partie 6 de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 128, de la Colombie-Britannique. Il ne s'agit pas d'une tâche qui relève des tribunaux. Pour

principles of order and equity in a manner that is specifically tethered to the clear text of the Act.

## II. The Family Law Act: Nature of the Asset

The legislature has chosen to define many different types of assets as “property” for the purposes of calculation while disregarding the distinctive features of assets such as investments, ownership in land, shares, or pensions. “Property” is now defined in s. 4(1) of the Act as follows:

### 4. — (1) In this Part,

. . .

“property” means any interest, present or future, vested or contingent, in real or personal property and includes,

. . .

- (c) in the case of a spouse’s rights under a pension plan that have vested, the spouse’s interest in the plan including contributions made by other persons. . . .

This provision was drafted in accordance with the recommendation of the OLRC as contained in the *Report on Family Law*, Part IV, *Family Property Law* (1974), at p. 101.

In light of the fact that all assets listed in s. 4(1) are included as property under the Act, I see no reason to treat pensions in a different manner from other assets by recognizing individual pension formulae where the Act draws no distinction. I further suggest that to do so would fly in the face of the purpose of the Act as expressed by Charron J.A., at p. 590:

The use of a different approach in the case of the pension asset cannot be justified on the basis that it is an asset of a different nature in the face of a legislative

l’instant, je crois que le rôle de notre Cour est d’interpréter les principes d’équité et de justice d’une manière qui se rattache expressément au texte clair de la Loi.

## II. La Loi sur le droit de la famille: la nature de l’élément d’actif en cause

Aux fins du calcul de la valeur, la législature a choisi d’inclure dans la définition de «bien» de nombreuses catégories d’éléments d’actif en faisant abstraction des caractéristiques distinctives de certains éléments tels les placements, les droits fonciers, les actions ou les pensions de retraite. Le mot «bien» est défini de la manière suivante au par. 4(1) de la Loi:

4 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«bien» Droit, actuel ou futur, acquis ou éventuel, sur un bien meuble ou immeuble. Sont compris:

. . .

- c) dans le cas du droit du conjoint, en vertu d’un régime de retraite, qui a été acquis, le droit du conjoint y compris les contributions des autres personnes. . .

Cette disposition a été rédigée conformément à la recommandation formulée par la CRDO dans le *Report on Family Law*, Part IV, *Family Property Law* (1974), à la p. 101.

Compte tenu du fait que tous les éléments d’actif énumérés au par. 4(1) de la Loi sont considérés comme des biens pour l’application de la Loi, je ne vois aucune raison, qui serait fondée sur celle-ci, de traiter les pensions de retraite différemment des autres éléments d’actif en reconnaissant différentes formules de calcul des pensions, alors que la Loi elle-même ne fait aucune distinction. Je considère, en outre, qu’agir de cette façon irait à l’encontre de l’objectif de la Loi, exprimé ainsi par le juge Charron, à la p. 590:

[TRADUCTION] L’emploi d’une approche différente dans le cas des pensions de retraite ne peut être justifié au motif qu’il s’agit d’un élément d’actif d’une nature

provision which expressly includes pension assets in the scheme of equalization with all other assets while at the same time providing for only one method of calculation.

147 While one can appreciate that the appellant's particular pension earnings are based on a factor composed of years of service and his best five years of salary, these features are not sufficient to remove the valuation of his pension from the method to which the legislature has subjected all other assets. Instead, such factors are important to the purpose of the Act, in so far as they attach to the period of time that coincides with the duration of the marriage, thereby affecting pension entitlement.

148 My colleague in his reasons places great emphasis on the differentiation between a defined benefit pension and a defined contribution pension. While factually correct, such a distinction is not recognized by the scheme of the Act. Whether an increase in the value is attributable to an individual employee account or, instead, to the increased value of a pool of pension assets amassed from individual contributions, is irrelevant under the scheme of the Act. Nor is it important to distinguish whether employees under a defined benefit plan profit directly from market increases or merely as members of the contribution pool. The Act is merely concerned with the value assigned to the individual, as a member of the fund, on the two relevant dates.

149 I also disagree with both the propositions of my colleague, that the value of an employee's pension benefit is unrelated to the amount of contributions or investment return and that the trial judge was confused in this regard (see Major J. at paras. 33 and 68). Instead, I find that the very development of this type of pension formula by the pension provider is wholly dependent upon the contributions (that will increase over years of service as the

différente, compte tenu du fait que le texte même de la disposition législative inclut expressément les pensions de retraite dans le régime d'égalisation, au même titre que tous les autres éléments d'actif, tout en ne prévoyant qu'une seule méthode de calcul.

Même si l'on peut comprendre que les prestations de retraite acquises par l'appelant dans le présent cas dépendent d'un facteur basé sur ses années de service et sur ses cinq années les mieux rémunérées, ces caractéristiques ne suffisent pas pour soustraire l'évaluation de sa pension de retraite à l'application de la méthode à laquelle la législature a assujéti tous les autres biens. Au contraire, de tels facteurs sont importants en ce qui concerne l'objectif de la Loi, dans la mesure où ils se rattachent à la période qui coïncide avec la durée du mariage, influençant ainsi le droit à pension.

Dans ses motifs, mon collègue insiste beaucoup sur la différence qui existe entre une pension à prestations déterminées et une pension à cotisations déterminées. Bien que factuellement exacte, cette distinction n'est pas reconnue par le régime établi par la Loi. Que l'augmentation de la valeur soit attribuable à l'augmentation du compte de l'employé visé ou, plutôt, à l'augmentation de la valeur de la mise en commun des avoirs de pensions formés des cotisations individuelles importe peu suivant le régime établi par la Loi. Il n'est pas non plus important de déterminer si, dans le cadre d'un régime à prestations déterminées, les employés profitent directement des augmentations de valeur dues au marché ou s'ils en profitent seulement en tant que participants à la mise en commun des cotisations. La Loi s'intéresse uniquement à la valeur attribuée à l'avoir de l'individu, en tant que participant au fonds, aux deux dates pertinentes.

Je ne suis pas non plus d'accord avec les propositions de mon collègue que, d'une part, la prestation de retraite d'un employé ne dépend pas de la somme des cotisations versées ou du rendement du capital investi, et que, d'autre part, le juge de première instance a mal saisi ce point (voir les motifs du juge Major, aux par. 33 et 68). Au contraire, j'estime que l'établissement même de ce type de formule de calcul de la pension par le payeur est

salaries of each member increase) and on the subsequent investment return for the fund. After 12 days of hearing, including the evidence of several experts, Rutherford J. drew the right conclusion from the evidence and he was correct in his assessing the amount of the contributions made by the appellant throughout his years of service and how these increasing contributions were pooled to render the financial returns necessary to permit each member of the plan to recover a pension benefit.

My colleague's example (at para. 70) relates to a particular situation where the employee spouse terminates his or her employment on the date of marriage. He concludes, at para. 71, that it is inequitable for the employee spouse to equalize a growth in assets that did not take place, based upon the premise that the "annualized benefit to be paid... [is the] only meaningful value". My response is two-fold. First, I prefer the approach of Rutherford J. (at p. 141) that the purpose of the Act directs the courts to go beyond a simple analysis of the annualized benefit to be paid and to use a method which values the pension according to both "real human and fiscal factors". I will expand upon my views on value during marriage in greater detail at paras. 159 *et seq.* Second, if using the value-added method were to lead to hardship or an unconscionable result in a given case there is a remedial provision available under s. 5(6) of the Act which reads:

5. . . .

(6) The court may award a spouse an amount that is more or less than half the difference between the net family properties if the court is of the opinion that

entièrement tributaire des cotisations (qui augmentent au fil des années de service en même temps que le salaire de chacun des membres) et du rendement subséquent du capital investi. Après 12 jours d'audience au cours desquels il a entendu les témoignages de divers experts, le juge Rutherford a tiré une conclusion conforme à la preuve, et il a bien apprécié la somme des cotisations versées par l'appelant pendant ses années de service et la façon dont ces cotisations croissantes ont été mises en commun avec celles des autres participants au régime en vue de produire les revenus nécessaires pour permettre à chacun d'eux de toucher une prestation à la retraite.

L'exemple donné par mon collègue (au par. 70) concerne le cas particulier du conjoint participant qui cesse de travailler à la date du mariage. Il conclut, au par. 71, qu'il est inéquitable que ce conjoint participant ait à tenir compte, au titre de l'égalisation, d'une augmentation de valeur de biens qui ne s'est pas produite, suivant la prémisse que la «prestation annualisée qui sera versée [. . .] est la seule valeur significative». Ma réponse comporte deux volets. Premièrement, je préfère l'approche retenue par le juge Rutherford (à la p. 141), qui a considéré que, conformément à l'objectif de la Loi, les tribunaux ne peuvent pas se contenter d'une simple analyse de la prestation annualisée qui sera versée et doivent employer une méthode qui évalue la pension de retraite en fonction de [TRADUCTION] «facteurs concrets d'ordre fiscal et humain». Je vais préciser, aux par. 159 et suiv., ma position en ce qui concerne la valeur de la pension de retraite pendant le mariage. Deuxièmement, si l'utilisation de la méthode de la valeur ajoutée devait, dans une affaire donnée, entraîner un préjudice ou un résultat inadmissible, une mesure corrective peut être prise en vertu du par. 5(6) de la Loi, qui est ainsi rédigé:

5 . . .

(6) Le tribunal peut accorder à un conjoint un montant qui est inférieur ou supérieur à la moitié de la différence entre les biens familiaux nets qui appartiennent à

equalizing the net family properties would be unconscionable, having regard to,

- (h) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, or improvement of property.

chacun des conjoints si le tribunal est d'avis que l'égalisation des biens familiaux nets serait inadmissible, compte tenu des facteurs suivants:

- h) n'importe quelle autre circonstance concernant l'acquisition, l'aliénation, la conservation, l'entretien ou l'amélioration des biens.

151 I agree with Charron J.A. that ss. 4 and 5 cannot be read in isolation. In my colleague's example, there are no further years of service during the marriage, nor are there additional contributions made by the employee spouse. While this may prove to be an appropriate scenario for a trial judge to exercise his or her discretion under s. 5(6) of the Act, I am not persuaded that the *pro rata* method should, for that reason alone, prevail, in as much as it does not accord with the wording and spirit of the Act. In my view, the value-added method operates in the present case to relate the years of pensionable service, the five best years of salary, the accrual of the 90 factor, and the decision of the marriage partners to rely upon the equal shares of the pension in their investment planning, to the years of the marriage. As long as the appellant continued to provide service and to contribute to the pension fund, the value of the pool increased along a growth curve during the marriage.

Je suis d'accord avec le juge Charron que les art. 4 et 5 ne peuvent pas être considérés isolément. Dans l'exemple donné par mon collègue, le conjoint participant n'accumule pas d'autres années de service pendant le mariage et il ne verse pas de cotisations. Quoiqu'il puisse s'agir d'un scénario où il conviendrait qu'un juge de première instance exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 5(6) de la Loi, je ne suis pas convaincue que la méthode au prorata devrait, pour ce seul motif, être retenue, d'autant plus qu'elle ne respecte ni le texte ni l'esprit de la Loi. À mon avis, la méthode de la valeur ajoutée permet, en l'espèce, de faire le lien entre, d'une part, les années de mariage et, d'autre part, les années de service donnant ouverture à la pension de retraite, les cinq années les mieux rémunérées, l'accumulation des années requises pour respecter la règle des 90 et la décision des conjoints d'effectuer leur planification financière sur la base de parts égales dans la pension. Tant et aussi longtemps que l'appelant a continué à accumuler des années de service et à cotiser au fonds de pension, la valeur du fonds a augmenté suivant une courbe de croissance pendant toute la durée du mariage.

152 Just as I find it unnecessary to account for distinguishing features of the asset itself, I cannot accept that courts should consider how a pension varies generally over time — that is to say including the pre-marriage period. These features of the *pro rata* method simply do not form part of the Act, particularly as the Act is premised on a distribution of assets at the time of separation.

Tout comme j'estime qu'il est inutile de tenir compte des caractéristiques distinctives du bien lui-même, je ne saurais accepter l'argument que les tribunaux devraient prendre en compte la façon dont la valeur de la pension évolue généralement au fil des années, y compris pendant la période qui précède le mariage. Ces caractéristiques de la méthode au prorata ne font tout simplement pas partie de la Loi, compte tenu, en particulier, du fait que son fondement est le partage des biens au moment de la séparation.

### III. The Family Law Act: Orderly and Equitable

The preamble of the Act directs the courts to interpret the legislation in a way which is both “orderly and equitable”. The legislature has chosen to treat pensions in the same manner as other forms of property and to apply one method of calculation across the board — a choice that is based on the presumption that to do so is the most orderly and equitable way to value a pension. The Court of Appeal, at p. 591, was steadfast in its support of such objectives of the legislature:

In my view, the value-added approach is not inconsistent with the stated legislative objective that there be an “orderly and equitable settlement of affairs of the spouses” as contended by the appellant. First, the choice of a single consistent approach furthers the legislative objective to provide an “orderly” settlement of affairs. Second, equity is generally achieved by the very application of the equalization provisions of the Act. Finally, these provisions cannot be viewed in isolation. As noted earlier, the Act provides for some flexibility in individual cases where the equalization of net family property causes hardship or an unconscionable result. [Italics in original; underlining added.]

I share my colleague’s view that the analysis of fairness being both orderly and equitable should not be result-driven. In addition, I support the contention of my colleague (at para. 66) that it would be “inequitable to deprive the respondent of her share of the good fortune that arose during the course of the marriage”.

I find the fact that the result can end up dictating the valuation method, instead of the valuation dictating the result is itself contrary to principles of order and equity. Although the equity of the overall result is relevant to the final divorce decree, it should not play a significant role in the valuation method of a particular asset. What is needed at the valuation stage is a method that takes both parties’ interests equally into account. This method must

### III. La Loi sur le droit de la famille: un règlement ordonné et équitable

Le préambule de la Loi enjoint aux tribunaux d’interpréter la législation d’une manière qui soit à la fois «ordonnée et équitable». La législature a choisi de traiter les pensions de retraite de la même manière que toutes les autres catégories de biens et d’appliquer une seule méthode de calcul à tous les cas — ce choix repose sur la présomption qu’il s’agit là de la façon la plus ordonnée et la plus équitable d’évaluer une pension de retraite. La Cour d’appel a fermement exprimé son appui à l’égard de ces objectifs de la législature (à la p. 591):

[TRADUCTION] À mon avis, la méthode de la valeur ajoutée n’est pas, comme le prétend l’appelant, incompatible avec l’objectif exprès de la loi qu’il y ait un «règlement ordonné et *équitable* des affaires des conjoints». Premièrement, le choix d’une seule méthode uniforme permet d’atteindre l’objectif de la loi qui est de pourvoir au règlement «ordonné» des affaires des conjoints. Deuxièmement, l’application même des dispositions d’égalisation prévues par la Loi permet en règle générale d’assurer l’équité. Enfin, ces dispositions ne peuvent être considérées isolément. Comme nous l’avons souligné plus tôt, la Loi permet une certaine souplesse dans les cas particuliers où l’égalisation des biens familiaux nets entraînerait un préjudice ou un résultat inadmissible. [En italique dans l’original; je souligne.]

À l’instar de mon collègue, je suis d’avis que l’analyse fondée sur l’équité, c’est-à-dire l’analyse de ce qui est ordonné et équitable, ne devrait pas être axée sur le résultat. En outre, je souscris à son affirmation (au par. 66) qu’il serait «inéquitable de priver l’intimée de sa part de la bonne fortune survenue au cours du mariage».

J’estime que le fait que le résultat puisse dicter le choix de la méthode d’évaluation plutôt que l’inverse est, en soi, contraire aux principes de l’ordre et de l’équité. Bien que l’équité du résultat global soit importante dans le cadre du jugement final de divorce, ce facteur ne devrait pas jouer un rôle significatif dans la méthode d’évaluation d’un bien donné. Ce qu’il faut, à l’étape de l’évaluation, c’est une méthode qui prenne en compte également les

153

154

155

accurately reflect the value of the pension during the period of the marriage. By contrast, the final result regarding the division of property will vary according to the overall circumstances of the case. We must assume that the legislature intended the scheme of the Act to lead to an orderly and equitable result. As the Ontario Court of Appeal so aptly stated (at p. 590), “[t]here is no reason to believe that this legislative choice was inadvertent”.

156 As previously mentioned, the legislature has provided a remedy where the court is of the opinion that equalizing the “net family property” would be unconscionable at s. 5(6) of the Act. Resort to this remedial power is, to my mind, preferable to asking the courts to determine a valuation method according to what may seem to be more equitable in a given case.

157 On the issue of apportionment, Burrows, *supra*, at p. 52:

Reported court cases that support the “Pro Rata” method reject the “Value Added” method mainly because they don’t like the apportionment that results with the “Value Added” method. Rather than attacking the method of valuation when they don’t like the values it produces, they should determine an unequal sharing of assets, if they are of the opinion that the particular case warrants that.

The “Value Added” method is the fairest way of apportioning the value and gives the apportionment that is the closest to the actual increases in value. It is also the method prescribed by the *Family Law Act* and subscribed to by people who have investigated this thoroughly. [Emphasis added.]

158 Thus, the valuation exercise should allocate an objective dollar figure to the pension, independent of the particular facts of a divorce. Even in cases where this may prove to be more difficult, the Act mandates that a court consider the different elements contributing to the value of the pension and determine whether they are properly attributa-

intérêts des deux parties. Cette méthode doit refléter exactement la valeur de la pension pendant le mariage. Par contre, le résultat final de la division des biens variera en fonction de l’ensemble des circonstances de l’affaire. Nous devons présumer que la législature entendait que le régime établi par de la Loi produise un résultat ordonné et équitable. Comme l’a dit si justement la Cour d’appel de l’Ontario (à la p. 590), [TRADUCTION] «[i]l n’y a aucune raison de croire que le choix de la législation a été le fruit du hasard».

Tel que mentionné précédemment, la législature a prévu, au par. 5(6) de la Loi, la possibilité de recourir à une mesure corrective dans les cas où le tribunal est d’avis que l’égalisation des «biens familiaux nets» serait inadmissible. Selon moi, il est préférable que les tribunaux aient recours à ce pouvoir de correction plutôt que de demander aux tribunaux de décider du choix de la méthode d’évaluation en fonction de ce qui peut sembler plus équitable dans un cas donné.

Quant à la question de la répartition, Burrows, *loc. cit.*, à la p. 52, écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Les décisions publiées qui sont favorables à la méthode «au prorata» rejettent la méthode de la «valeur ajoutée» principalement parce qu’ils ne sont pas d’accord avec la répartition qui découle de l’application de cette méthode. Au lieu de contester la méthode d’évaluation, le tribunal qui n’est pas d’accord avec les valeurs qu’elle produit devrait plutôt ordonner un partage inégal des biens s’il est d’avis que le cas dont il est saisi justifie une telle mesure.

La méthode de la «valeur ajoutée» est la façon la plus équitable de répartir la valeur et celle qui produit la répartition qui reflète le plus les augmentations réelles de valeur. Il s’agit également de la méthode prescrite par la *Loi sur le droit de la famille* et à laquelle souscrivent ceux qui ont analysé cette question en profondeur. [Je souligne.]

Par conséquent, l’évaluation devrait attribuer une valeur pécuniaire objective à la pension de retraite, indépendamment des faits particuliers d’un divorce. Même dans les cas où cela peut s’avérer plus difficile, la Loi oblige le tribunal à examiner les différents éléments constitutifs de la valeur de la pension et à déterminer s’ils peuvent à

ble to a specific point falling within the marriage period. In my estimation, the Court of Appeal was correct in its assessment, at p. 591, that “equity is generally achieved by the very application of the equalization provisions of the Act”.

#### IV. Fairness and Valuation

What has, in some cases, been perceived as unfair, is instead the just result of the greater value ascribed to the later years of a pension than to those of the earlier years. Such a result is both logical and equitable in that it reflects the fact that the pension increases in value significantly more in the final years than in the early years, that is to say that the marginal utility of an extra year of work after year 30 is much higher than it would have been after year 10. This increase in value represents much more than the mere passage of time or even the global increase in the value of the relevant pension fund.

I find that there are three main reasons which support the greater pension increase in value over the marriage years in this case. First, the time value of money makes the value of the pension greater the closer one gets to the actual commencement of benefit payments. Or, to put it another way, the earlier years of service appear less valuable because the value of the actual payments must be discounted over a greater number of years. The value-added method ascribes this increase in the value of the pension relating to the time value of money to the period of the marriage, hence the name, “value-added method”. The *pro rata* method fails to recognize this reality. For instance, to use my colleague’s example (at para. 70), had the appellant quit his job the day before marriage to the respondent, under the *pro rata* method there would be no increase in value attributed to the period of marriage. The appellant did not “contribute” any years of service during that period. However, the value-added method would ascribe a value to the specific period of marriage since the value at the date of marriage was much less than

juste titre être rattachés à un moment précis au cours du mariage. À mon avis, la Cour d’appel a conclu avec justesse, à la p. 591, que [TRADUCTION] «l’application même des dispositions d’égalisation prévues par la Loi permet, en règle générale, d’assurer l’équité».

#### IV. Équité et évaluation

Ce qui, dans certains cas, a été perçu comme inéquitable, est plutôt la juste conséquence de la valeur plus grande accordée aux dernières années de participation à un régime de pension de retraite plutôt qu’aux premières. Un tel résultat est à la fois logique et équitable en ce qu’il reflète le fait que la valeur de la pension croît à un rythme beaucoup plus rapide au cours des dernières années que pendant les premières, autrement dit, l’utilité marginale d’une année supplémentaire de travail après 30 années de service est beaucoup plus grande qu’elle ne l’aurait été après 10 années. Cette hausse de la valeur représente davantage que le simple passage du temps ou même que l’augmentation globale de la valeur de la caisse de retraite concernée.

J’estime qu’il existe trois raisons principales qui permettent de conclure que la valeur de la pension de retraite a augmenté de façon plus importante pendant le mariage en l’espèce. Premièrement, la valeur temporelle de l’argent augmente la valeur de la pension à mesure qu’on se rapproche de la date du début du paiement des prestations. Ou, en d’autres mots, les premières années de service semblent avoir moins de valeur parce que la valeur des paiements réels doit être actualisée sur un plus grand nombre d’années. La méthode de la valeur ajoutée attribuée à la période du mariage cette augmentation de la valeur de la pension due à la valeur temporelle de l’argent, d’où son nom: «méthode de la valeur ajoutée». La méthode au prorata ne tient pas compte de cette réalité. Ainsi, pour reprendre l’exemple donné par mon collègue (au par. 70), à supposer que l’appelant ait quitté son emploi la veille de son mariage avec l’intimée, aucune augmentation de valeur ne serait attribuée à la période du mariage suivant la méthode au prorata. L’appelant n’aurait pas «accumulé» d’années de service au cours de cette période. Toutefois, la

the value of the actual pension at the date of separation. This method reflects the increase in value during the marriage as the date of first payment approached.

161 Second, the majority of pension schemes calculate the annual benefit amount payable to the employee by some function of the highest years of salary. In this case, the appellant's best five years are the only years used to calculate the value of the pension. In such a case, the value-added method will recognize this reality and the significance of those five years falling within the period of the marriage. As well, this method is more likely to reflect a direct link between the period of the marriage and the retirement planning of the couple. This is especially relevant in the present circumstances where the marriage falls within the years close to the age of retirement.

162 The third factor, in the present case, that makes years of service later in a career more significant is the rule of 90. The effect of this rule is that, after a certain point in one's career, the date of first payment of the pension can be brought forward by working additional years. Therefore, certain years of service later in one's career will have the effect of not only decreasing the amount of time before the pension begins paying out, thus reducing the discounting effect, but also increasing the total number of years of payment and, therefore, the benefit. While the effect of this factor may be difficult to quantify, it is nevertheless a factor which makes the years of service later in one's career more valuable than service in earlier years.

163 I find the premise that all years which contribute to the pension must be of equal value to be, not only extraordinary, but totally unrealistic. Certainly, courts do not make such assumptions

méthode de la valeur ajoutée attribuerait une valeur à la période du mariage, étant donné que la valeur de la pension à la date du mariage était de beaucoup inférieure à ce qu'elle était concrètement à la date de la séparation. Cette méthode reflète l'augmentation de valeur survenue pendant le mariage, à mesure qu'approchait la date du premier paiement.

Deuxièmement, dans la majorité des régimes de pension de retraite, la prestation de retraite annuelle payable à l'employé est calculée en appliquant un facteur tenant compte des années les mieux rémunérées. En l'espèce, les cinq années les mieux rémunérées de l'appelant sont les seules utilisées pour calculer la valeur de la pension. Dans un tel cas, la méthode de la valeur ajoutée tient compte de cette réalité et de l'importance du fait que ces cinq années sont survenues durant le mariage. De même, cette méthode est davantage susceptible d'établir un lien direct entre la période du mariage et la planification par le couple de sa retraite. Ce facteur est particulièrement pertinent dans le présent cas où les années du mariage sont près de l'âge de la retraite.

Le troisième facteur qui, en l'espèce, confère plus d'importance aux années de service en fin de carrière est la règle des 90. L'effet de cette règle est que, après un certain point dans sa carrière, une personne peut, en travaillant quelques années de plus, avancer la date du premier versement de sa pension de retraite. Par conséquent, certaines années de service vers la fin de la carrière d'une personne ont pour effet non seulement de raccourcir le délai avant le début du paiement de la pension et ainsi de réduire les effets de l'actualisation, mais aussi d'augmenter le nombre total d'années de paiement de la pension et, par conséquent, l'avantage reçu. Bien qu'il soit difficile de quantifier l'effet de ce facteur, il n'en demeure pas moins que, en raison de celui-ci, les dernières années de service d'une personne prennent une valeur plus grande que les premières.

J'estime que la prémisse selon laquelle toutes les années de cotisation au régime de pension doivent avoir une valeur égale est non seulement extraordinaire, mais tout à fait irréaliste. Les tribu-

when determining value for other types of payments in the family law context. For example, in the award of support payments, a professional salary is not divided such that each year of employment must be valued equally or *pro rata*. Despite the reality that the pre-marriage years spent in internships or articling periods were absolutely necessary for the professional to earn a greater income, courts do not make support orders by considering the number of years of employment service prior to the marriage along with the years of professional employment service prior to separation. Instead, the scheme of the Act directs courts to limit its consideration to those factors that are relevant after the date of marriage. As Major J. correctly points out, at para. 54, “the statute ensures that increases in asset value during the marriage period are equalized between the spouses, regardless of whether the asset was owned by one of the spouses prior to the marriage” (emphasis added). This must be distinguished from the use of factors prior to the marriage date in the valuation of such an increase.

I am also of the view that it would not be illogical for Parliament or the legislature, as a matter of policy, to choose a method of valuation which, as seems to be the case here, may be found to benefit the non-employee spouse when the couple is closer to retirement age. The later years of marriage often represent a time when a return to the employment market and the opportunity to participate in the investment market is more difficult and, in many cases, impossible. As Iacobucci J. recently found in the case of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 101:

It seems to me that the increasing difficulty with which one can find and maintain employment as one grows older is a matter of which a court may appropriately take judicial notice. Indeed, this Court has often recognized age as a factor in the context of labour force attachment and detachment. For example, writing for the majority

naux ne font sûrement pas de telles hypothèses lorsqu'ils déterminent la valeur d'autres types de paiements dans le contexte du droit de la famille. Par exemple, dans la fixation des pensions alimentaires, le salaire d'un professionnel n'est pas divisé de manière à reconnaître à chaque année de travail une valeur égale ou au prorata. Malgré le fait que les années qu'un professionnel a consacrées avant son mariage à des périodes d'internat ou de stage étaient absolument essentielles pour gagner un revenu plus élevé, les tribunaux ne rendent pas d'ordonnances alimentaires en tenant compte du nombre d'années de service antérieures au mariage et du nombre d'années de service dans la profession avant la séparation. Au contraire, le régime établi par la Loi oblige les tribunaux à limiter leur examen aux facteurs qui sont pertinents après la date du mariage. Comme le souligne avec justesse le juge Major, au par. 54, «la Loi garantit que l'augmentation de valeur d'un bien durant le mariage est répartie également entre les conjoints, sans égard à la question de savoir si ce bien appartenait avant le mariage à l'un des conjoints» (je souligne). Ce fait doit être distingué de l'utilisation de facteurs antérieurs à la date du mariage dans l'évaluation d'une telle augmentation.

Je suis également d'avis que, du point de vue des principes, il ne serait pas illogique de la part du Parlement ou de la législature de choisir une méthode d'évaluation qui, comme cela semble être le cas en l'espèce, pourrait avantager le conjoint non participant lorsque le couple approche l'âge de la retraite. Les dernières années du mariage représentent souvent une période où il est plus difficile et, dans bien des cas, impossible de retourner sur le marché du travail ou de participer au marché des investissements. Comme l'a affirmé récemment le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au par. 101:

Il me semble qu'un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d'office du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi. En fait, notre Cour a souvent reconnu que l'âge était un facteur à considérer dans le contexte de la participation au marché du travail et du retrait de ce dernier.

in *McKinney, supra*, La Forest J. stated as follows, at p. 299:

Barring specific skills, it is generally known that persons over 45 have more difficulty finding work than others. They do not have the flexibility of the young, a disadvantage often accentuated by the fact that the latter are frequently more recently trained in the more modern skills.

Parliament and the legislatures have repeatedly demonstrated their intent to protect those who may prove to be more vulnerable in our society by reason of growing older. As Iacobucci J. writes in *Law, supra*, at para. 103:

Parliament's intent in enacting a survivor's pension scheme with benefits allocated according to age appears to have been to allocate funds to those persons whose ability to overcome need was weakest. The concern was to enhance personal dignity and freedom by ensuring a basic level of long-term financial security to persons whose personal situation makes them unable to achieve this goal, so important to life and dignity. [Emphasis added.]

In this spirit, Parliament has created, among others, such legislation as the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, and the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9.

165

The above analysis is illustrative of the "real human and fiscal factors" that formed the basis of the trial judgement. I agree with Rutherford J. in the following extract, at pp. 140-41:

In my view, each year in the life of Mr. Best's pension is not equal. In early years plan members pay relatively smaller contributions based on smaller salaries than they do in later years. But more important to "value" is the year's distance from or proximity to realization of the benefit. The value of the year's contribution has everything to do with how long it is until the yield or return of benefit, because the closer it is to return, the more valuable, in dollar terms, it becomes. This dimension has its human side. From both spouses' point of view, a year of benefit accrual when they are young is of different significance to when they are in their 50s or 60s and

Par exemple, le juge La Forest a affirmé, au nom de la Cour à la majorité dans *McKinney*, précité, à la p. 299:

À moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes.

Le Parlement et les législatures ont, à maintes reprises, manifesté leur intention de protéger les personnes susceptibles d'être plus vulnérables dans notre société en raison du fait qu'elles vieillissent. Le juge Iacobucci écrit, dans l'arrêt *Law*, précité, au par. 103:

En établissant un régime de pensions qui accorde des prestations suivant l'âge du survivant, le législateur semble avoir voulu allouer les fonds aux personnes dont la capacité de subvenir à leurs besoins était la plus faible. Sa préoccupation était de promouvoir la dignité et la liberté de la personne en assurant une sécurité financière de base à long terme aux personnes dont la situation les rend incapables d'atteindre ce but, qui revêt tant d'importance sur les plans de la vie et de la dignité. [Je souligne.]

C'est dans cet esprit que le Parlement a adopté, notamment, des lois telles que le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, et la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9.

L'analyse qui précède illustre bien les «facteurs concrets d'ordre fiscal et humain» qui ont été à la base du jugement de première instance. Je suis d'accord avec le passage suivant des motifs du juge Rutherford, aux pp. 140 et 141:

[TRADUCTION] À mon avis, chacune des années de la vie de la pension de M. Best n'a pas une valeur égale. Dans les premières années, les participants au régime paient des cotisations relativement moins élevées — établies en fonction de salaires inférieurs — que celles qu'ils paient plus tard. Mais ce qu'il est plus important d'«évaluer», c'est la distance qui sépare l'année en cause de la date du début du paiement des prestations. La valeur de la cotisation versée dans l'année dépend du temps qu'il reste à courir jusqu'au paiement des prestations, car plus elle est rapprochée du paiement, plus sa valeur pécuniaire devient importante. Cet aspect a une

have much less time to prepare for their future security.  
[Emphasis added.]

#### V. Conclusion and Disposition

For the foregoing reasons, I dissent from my colleague's analysis in that I am of the view, shared by both the trial judge and the Court of Appeal, that the value-added method is the one which is more consistent with the wording and spirit of the Act. The value-added method is the appropriate method under the *Family Law Act* for calculating the asset of the parties, in this case the appellant's pension. I would, accordingly, dismiss the appeal with costs throughout.

*Appeal allowed in part, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Tierney, Stauffer, Ottawa.*

dimension humaine. Du point de vue des deux conjoints, une année d'accumulation du droit à pension lorsqu'ils sont jeunes n'a pas la même importance que lorsqu'ils sont dans la cinquantaine ou la soixantaine et qu'ils disposent de beaucoup moins de temps pour préparer leur sécurité future. [Je souligne.]

#### V. Conclusion et dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je ne suis pas d'accord avec l'analyse de mon collègue, car je suis d'avis, à l'instar du juge de première instance et de la Cour d'appel, que la méthode de la valeur ajoutée est celle qui est la plus conforme au texte et à l'esprit de la Loi. La méthode de la valeur ajoutée est celle qui doit être utilisée, dans l'application de la *Loi sur le droit de la famille*, afin de calculer la valeur du bien des parties qui est en cause, en l'occurrence la pension de l'appelant. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli en partie, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente en partie.*

*Procureurs de l'appelant: Barnes, Sammon, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée: Tierney, Stauffer, Ottawa.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Shawn Carl Campbell** *Respondent*

and

**The Alberta Provincial Judges' Association** *Intervener*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Association of Provincial Court Judges, the Conférence des juges du Québec, the Saskatchewan Provincial Court Judges Association and the Canadian Bar Association** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. CAMPBELL

File No.: 24831.

1998: December 24.

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

MOTION FOR DIRECTIONS

*Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Judicial remuneration — Supreme Court judgment requiring Alberta to establish independent, objective and effective judicial compensation commission — Motion for directions to rule on whether Alberta required to pay reasonable expenses of judges incurred in participating in commission process or related proceedings — Motion dismissed since not arising from implementation of judgment of Court.*

*Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Judicial remuneration — Supreme Court judgment requiring Alberta to establish independent, objective and effective judicial compensation commission —*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Shawn Carl Campbell** *Intimé*

et

**L'Alberta Provincial Judges' Association** *Intervenante*

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. CAMPBELL

N° du greffe: 24831.

1998: 24 décembre.

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

REQUÊTE VISANT À OBTENIR DES DIRECTIVES

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Rémunération des juges — Jugement de la Cour suprême exigeant que l'Alberta crée une commission de rémunération indépendante, efficace et objective — Requête visant à obtenir des directives pour statuer si l'Alberta est tenue de payer les frais raisonnables engagés par les juges pour participer aux travaux de la commission ou à des procédures connexes — Requête rejetée puisqu'elle ne découle pas de la mise en œuvre du jugement de la Cour.*

*Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Rémunération des juges — Jugement de la Cour suprême exigeant que l'Alberta crée une commission de rémunération indépendante, efficace*

*Motion for directions to rule on whether Alberta required to pay reasonable expenses of judges incurred in participating in commission process or related proceedings — Motion dismissed since not arising from implementation of judgment of Court.*

### Cases Cited

**Referred to:** *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (1998), 160 D.L.R. (4th) 337; *R. v. Campbell*, [1997] 3 S.C.R. 3 (*sub nom. Provincial Court Judges (No. 1)*); *R. v. Campbell*, [1998] 1 S.C.R. 3 (*sub nom. Provincial Court Judges (No. 2)*); *R. v. Campbell*, [1998] 2 S.C.R. 443.

MOTION for directions relating to *Provincial Court Judges* decision, [1997] 3 S.C.R. 3. Motion dismissed.

Written submissions by *D. O. Sabey, Q.C., B. G. Nemetz* and *Scott H. D. Bower*, for the intervenor/applicant the Alberta Provincial Judges' Association.

Written submissions by *Phyllis A. Smith, Q.C.*, for the appellant Her Majesty the Queen in right of Alberta, respondent on the motion.

Written submissions by *Robb Tonn*, for the Manitoba Provincial Judges Association et al. and the intervenor the Canadian Association of Provincial Court Judges.

Written submissions by *E. William Olson, Q.C.*, and *Vivian E. Rachlis*, for the province of Manitoba.

Written submissions by *Marise Visocchi*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Written submissions by *L. Yves Fortier, Q.C.*, and *Leigh D. Crestohl*, for the intervenor the Canadian Judges Conference.

Written submissions by *Raynold Langlois*, for the intervenor the Conférence des juges du Québec.

*et objective — Requête visant à obtenir des directives pour statuer si l'Alberta est tenue de payer les frais raisonnables engagés par les juges pour participer aux travaux de la commission ou à des procédures connexes — Requête rejetée puisqu'elle ne découle pas de la mise en œuvre du jugement de la Cour.*

### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés:** *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges c. Newfoundland* (1998), 160 D.L.R. (4th) 337; *R. c. Campbell*, [1997] 3 R.C.S. 3 (*sub nom. l'Affaire des juges des cours provinciales (n° 1)*); *R. c. Campbell*, [1998] 1 R.C.S. 3 (*sub nom. l'Affaire des juges des cours provinciales (n° 2)*); *R. c. Campbell*, [1998] 2 R.C.S. 443.

REQUÊTE sollicitant des directives concernant *l'Affaire des juges des cours provinciales*, [1997] 3 R.C.S. 3. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *D. O. Sabey, c.r., B. G. Nemetz* et *Scott H. D. Bower*, pour l'intervenante/requérante l'Alberta Provincial Judges' Association.

Argumentation écrite par *Phyllis A. Smith, c.r.*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, intimée dans la requête.

Argumentation écrite par *Robb Tonn*, pour la Manitoba Provincial Judges Association et autres et l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

Argumentation écrite par *E. William Olson, c.r.*, et *Vivian E. Rachlis*, pour la province du Manitoba.

Argumentation écrite par *Marise Visocchi*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

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

Argumentation écrite par *Raynold Langlois*, pour l'intervenante la Conférence des juges du Québec.

The following order was delivered by

Version française de l'ordonnance rendue par

<sup>1</sup> THE COURT — The Alberta Provincial Judges' Association ("Association") has submitted a motion for directions relating to our decision in *Provincial Court Judges (No. 1)*, [1997] 3 S.C.R. 3. In that case, the Court provided for, *inter alia*, a period of time ending on September 18, 1998 during which in effect judicial salary commissions in Canada were to be established. The Association's motion for directions was submitted in accordance with the Court's decision in *Provincial Court Judges (No. 2)*, [1998] 1 S.C.R. 3, and the extension granted on September 15, 1998, [1998] 2 S.C.R. 443, the principal effect of which was to extend the transition period to the earlier of a further two months and the day Bill C-37 receives Royal Assent. Briefly stated, the motion for directions of the Association requests the Court to rule in principle on whether its findings in *Provincial Court Judges (No. 1)* require the Province of Alberta to pay the reasonable expenses of the Alberta judiciary incurred in participating in the commission process or in any proceedings which call upon the Province of Alberta to justify its decision not to accept one or more of the recommendations of the judicial salary commission.

LA COUR — L'Alberta Provincial Judges' Association (l'«Association») a présenté une requête sollicitant des directives relativement à notre décision dans l'*Affaire des juges des cours provinciales (n° 1)*, [1997] 3 R.C.S. 3. Dans cette affaire, la Cour a, entre autres mesures, fixé une période, prenant fin le 18 septembre 1998, ayant pour but de permettre dans les faits l'établissement de commissions de rémunération des juges au Canada. L'Association a présenté sa requête sollicitant des directives conformément à la décision de notre Cour dans l'*Affaire des juges des cours provinciales (n° 2)*, [1998] 1 R.C.S. 3, et à la prorogation de délai accordée le 15 septembre 1998, [1998] 2 R.C.S. 443, prorogation dont l'effet principal a été de prolonger la période de transition de deux mois supplémentaires ou jusqu'à la date de la sanction royale du projet de loi C-37 si cet événement survenait avant. En résumé, dans sa requête, l'Association demande à la Cour de statuer en principe sur la question de savoir si, suivant les conclusions qu'elle a prononcées dans l'*Affaire des juges des cours provinciales (n° 1)*, la province d'Alberta est tenue de payer les frais raisonnables engagés par les juges de l'Alberta pour participer aux travaux de la commission ou à toute procédure judiciaire au cours de laquelle la province d'Alberta est appelée à justifier son refus d'accepter une ou plusieurs des recommandations de la commission de rémunération des juges.

<sup>2</sup> Upon reading the submissions and supporting material of the parties and interveners, the Court is of the opinion that the motion for directions should be dismissed without costs in that it does not arise from the implementation of the judgment of the Court in *Provincial Court Judges (No. 1)* or in *Provincial Court Judges (No. 2)*. In this respect, see the views expressed by Roberts J. in *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (1998), 160 D.L.R. (4th) 337 (Nfld. S.C.), at p. 372.

Après avoir lu les observations des parties et des intervenants ainsi que les documents présentés au soutien de celles-ci, la Cour est d'avis que la requête sollicitant des directives doit être rejetée, sans dépens, parce qu'elle ne découle pas de la mise en œuvre des arrêts de notre Cour *Affaire des juges des cours provinciales (n° 1)* ou *Affaire des juges des cours provinciales (n° 2)*. À cet égard, voir les vues exprimées par le juge Roberts dans *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges c. Newfoundland* (1998), 160 D.L.R. (4th) 337 (C.S.T.-N.), à la p. 372.

<sup>3</sup> As was stated by the Chief Justice in *Provincial Court Judges (No. 1)*, *supra*, at para. 173:

Comme a dit le Juge en chef dans l'*Affaire des juges des cours provinciales (n° 1)*, précitée, au par. 173:

Although s. 11(d) does not require it, the commission's objectivity can be promoted by ensuring that it is fully informed before deliberating and making its recommendations. This can be best achieved by requiring that the commission receive and consider submissions from the judiciary, the executive, and the legislature. In Ontario, for example, the Provincial Judges' Remuneration Commission is bound to consider submissions from the provincial judges' association and the government (*Courts of Justice Act*, Schedule, para. 20). Moreover, I recommend (but do not require) that the objectivity of the commission be ensured by including in the enabling legislation or regulations a list of relevant factors to guide the commission's deliberations.

Although not constitutionally requiring the participation of judges or judges' associations in the commission process (or litigation relating thereto), it is worth repeating that the Court in *Provincial Court Judges (No. 1)* decided that judicial compensation commissions were to be independent, effective and objective as described therein. Furthermore, Lamer C.J. at para. 287 stated:

Under no circumstances is it permissible for the judiciary to engage in negotiations over remuneration with the executive or representatives of the legislature. However, that does not preclude chief justices or judges, or bodies representing judges, from expressing concerns or making representations to governments regarding judicial remuneration.

The composition and the procedure established for hearings before the independent, effective and objective commissions may vary widely. So will the approach to the payment of the representational costs of the judges. In some instances the resolution of the payment of representational costs will be achieved by agreement. Often the commission will have to determine the issue subject to an appeal to the court. In those circumstances the position adopted in the reasons of Roberts J. in *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges*, *supra*, may be appropriate, a matter upon which we need not comment in this motion. Suffice it to

Même si l'al. 11d) ne l'exige pas, l'objectivité de la commission peut être favorisée si l'on fait en sorte qu'elle soit bien informée avant de délibérer et de faire des recommandations. La meilleure façon d'y arriver est d'exiger que la commission reçoive et étudie les observations de la magistrature, de l'exécutif et de l'assemblée législative. En Ontario, par exemple, la Commission de rémunération des juges provinciaux est tenue de prendre en considération les observations de l'association des juges provinciaux et du gouvernement (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, Annexe, art. 20). De plus, je recommande (sans en faire une obligation) que l'on assure l'objectivité de la commission en intégrant dans la loi ou le règlement la constituant une liste de facteurs pertinents afin de la guider dans ses délibérations.

Bien qu'elle n'ait pas déclaré que la Constitution exigeait la participation des juges ou associations de juges aux travaux des commissions (ou aux litiges s'y rapportant), il convient de rappeler que, dans l'*Affaire des juges des cours provinciales (n° 1)*, notre Cour a statué que les commissions de rémunération devaient être des organismes indépendants, efficaces et objectifs, de la manière décrite dans cette décision. De plus, le juge en chef Lamer a déclaré ceci, au par. 287:

Il n'est en aucune circonstance permis aux juges d'engager avec l'exécutif ou des représentants de la législature des négociations concernant leur rémunération. Toutefois, cela n'empêche pas les juges, les juges en chef ou les organisations représentant les juges de faire part au gouvernement concerné de leurs préoccupations concernant le caractère adéquat de la rémunération des juges, ni de présenter des observations à cet égard.

Il est possible que la composition des commissions indépendantes, efficaces et objectives lors des audiences et la procédure suivie à ces occasions varient considérablement. Il en sera de même des solutions retenues à l'égard du paiement des frais engagés par les juges pour s'y faire représenter. Dans certains cas, cette question sera résolue par voie d'accord. Souvent, la commission devra trancher la question, sous réserve d'appel en justice. Dans de tels cas, la position adoptée dans les motifs du juge Roberts dans *Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges*, précité, pourrait convenir, point que nous n'avons pas besoin de

say, whatever may be the approach to the payment of costs it should be fair, equitable and reasonable.

*Motion dismissed without costs.*

*Solicitors for the intervener/applicant the Alberta Provincial Judges' Association: Bennett Jones Verchere, Calgary.*

*Solicitors for the appellant Her Majesty The Queen in right of Alberta, respondent on the motion: Emery Jamieson, Edmonton.*

*Solicitors for the Manitoba Provincial Judges Association et al. and the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.*

*Solicitors for the province of Manitoba: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Judges Conference: Ogilvy Renault, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Conférence des juges du Québec: Langlois Gaudreau, Montréal.*

commenter dans le cadre de la présente requête. Qu'il suffise de dire que, quelle que soit la solution retenue quant au paiement des frais en question, elle devrait être juste, équitable et raisonnable.

*Requête rejetée sans dépens.*

*Procureurs de l'intervenante/requérante l'Alberta Provincial Judges' Association: Bennett Jones Verchere, Calgary.*

*Procureurs de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, intimée dans la requête: Emery Jamieson, Edmonton.*

*Procureurs de la Manitoba Provincial Judges Association et autres et l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.*

*Procureurs de la province du Manitoba: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l'intervenante la Conférence canadienne des juges: Ogilvy Renault, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Conférence des juges du Québec: Langlois Gaudreau, Montréal.*

**M & D Farm Limited, Marcel Robert  
Desrochers and Darlene Erma Desrochers**  
*Appellants*

v.

**The Manitoba Agricultural Credit  
Corporation** *Respondent*

INDEXED AS: M & D FARM LTD. v. MANITOBA  
AGRICULTURAL CREDIT CORP.

File No.: 26215.

Hearing and judgment: January 26, 1999.

Reasons delivered: September 2, 1999.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin,  
Iacobucci, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Constitutional law — Division of powers — Paramountcy — Application to foreclose granted under provincial Act during course of stay of proceedings under federal Act — Whether order given under provincial Act and all subsequent proceedings null through operation of doctrine of federal paramountcy — Family Farm Protection Act, C.C.S.M., c. F15, s. 8(1), (4) — Farm Debt Review Act, R.S.C., 1985, c. 25 (2nd Supp.), s. 23.*

The mortgage held by the respondent on the appellants' family farm was in arrears. The respondent gave notice under the federal *Farm Debt Review Act* that it intended to commence proceedings to recover the amounts outstanding. The appellants responded by obtaining a 30-day stay of proceedings under the same Act. The stay was subsequently extended for the total 120-day period permissible. While the federal stay was still in effect, the respondent sought leave under the province's *Family Farm Protection Act* and was granted an order by the Court of Queen's Bench authorizing the commencement of immediate foreclosure proceedings. The court was unaware of the federal stay. The appellants immediately advised the respondent that in their view the provincial order was of no effect and that subsequent proceedings were invalid. The respondent took no action on the grant of leave until after the expiry of the federal stay and thereafter proceeded in a measured

**M & D Farm Limited, Marcel Robert  
Desrochers et Darlene Erma Desrochers**  
*Appellants*

c.

**La Société du crédit agricole du  
Manitoba** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: M & D FARM LTD. c. SOCIÉTÉ DU CRÉDIT  
AGRICOLE DU MANITOBA

N° du greffe: 26215.

Audition et jugement: 26 janvier 1999.

Motifs déposés: 2 septembre 1999.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Prépondérance — Autorisation d'intenter une action en forclusion accordée en vertu d'une loi provinciale pendant une suspension des recours décrétée en vertu d'une loi fédérale — L'ordonnance rendue sous le régime de la loi provinciale et les poursuites subséquentes étaient nulles par application de la théorie de la prépondérance fédérale? — Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales, C.P.L.M., ch. F15, art. 8(1), (4) — Loi sur l'examen de l'endettement agricole, L.R.C. (1985), ch. 25 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 23.*

Les appelants ont pris du retard dans le paiement de l'hypothèque grevant leur exploitation agricole familiale au profit de l'intimée. Celle-ci, en application de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale, a donné préavis de son intention d'intenter des poursuites pour recouvrer les sommes dues. Les appelants ont répondu en obtenant une suspension des recours pour 30 jours en vertu de cette loi. La suspension a par la suite été prolongée jusqu'à 120 jours, soit la période maximale prévue par la loi. Alors que la suspension décrétée sous le régime de la loi fédérale était toujours en vigueur, l'intimée, en se fondant sur la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* provinciale, a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'autoriser à intenter immédiatement une action en forclusion. La cour a fait droit à la demande sans savoir qu'une suspension des recours avait été décrétée sous le régime de la loi fédérale. Les appelants ont immédiatement fait

pace to obtain, after some years, a certificate of title. The appellants then successfully moved to have the initial order granting the respondent leave to proceed and all subsequent proceedings declared nullities. The Court of Appeal reversed the order declaring the nullity. At issue was whether the order granting leave under the provincial Act contravened the federal Act thereby creating a nullity through the operation of the doctrine of federal paramountcy.

*Held:* The appeal should be allowed.

The federal *Farm Debt Review Act* provides a short standstill period during which the farmer can demonstrate long-term viability to creditors. An insolvent farmer can apply under s. 23 for a stay of proceedings which, given the statutory scheme read as a whole, and particularly given the scheme's short time frames, prohibits making a leave application directed to the end result of debt collection or depriving the farmer of his or her land or other security. It is artificial to isolate the leave application from the multi-faceted foreclosure process and contend that it is exempt from the s. 23 stay. A leave application under s. 8 of the *Family Farm Protection Act* is so intimately connected with the proceedings listed in s. 23 that the leave application itself is prohibited during the currency of a s. 23 stay. This "purposive" interpretation of s. 23 should not unduly prejudice dissatisfied creditors for they can move against the extension of the initial 30-day stay and they can reinstitute collection activity after the stay expires.

Whether or not the leave application under the provincial Act was a "proceeding" within the meaning of that Act was not material to this case. The issue, given that the appellants' case rested on s. 23 of the federal Act, was the proper interpretation of "proceeding" in the federal Act. In that context there was no absurdity in requiring a suspension of collection activities for the length of the stay.

savoir à l'intimée qu'ils estimaient que l'ordonnance provinciale était inopérante et que les poursuites subséquentes étaient nulles. L'intimée s'est abstenue de donner suite à l'autorisation jusqu'à ce que la suspension des recours décrétée en vertu de la loi fédérale prenne fin. Par la suite, elle a poursuivi ses démarches à un rythme modéré jusqu'à ce qu'elle obtienne, après quelques années, un certificat du titre de propriété. Les appelants ont alors obtenu l'annulation de l'ordonnance initiale accordant à l'intimée l'autorisation d'agir et de toutes les poursuites subséquentes. La Cour d'appel a infirmé l'ordonnance prononçant la nullité. La question litigieuse était de savoir si l'ordonnance accordant l'autorisation sous le régime de la loi provinciale contrevenait à la loi fédérale, et partant créait une nullité par application de la théorie de la prépondérance fédérale.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale prévoit un court temps d'arrêt pendant lequel l'agriculteur peut prouver à ses créanciers sa viabilité à long terme. L'agriculteur insolvable peut, en vertu de l'art. 23, demander une suspension des recours qui, compte tenu du régime législatif envisagé dans son ensemble, et notamment des brefs délais qu'il prévoit, fait obstacle à la présentation d'une demande d'autorisation qui vise en fin de compte à recouvrer une créance ou à dépouiller l'agriculteur de sa terre ou d'un autre bien objet de la garantie. Il est artificiel de détacher la demande d'autorisation du processus complexe de la forclusion et de prétendre ensuite qu'elle n'est pas visée par la suspension prévue à l'art. 23. La demande d'autorisation visée à l'art. 8 de la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* est si étroitement liée aux poursuites énumérées à l'art. 23 qu'elle est également interdite pendant la durée de la suspension visée à l'art. 23. Cette interprétation de l'art. 23 «fondée sur l'objet» ne devrait pas porter indûment préjudice aux créanciers mécontents car ceux-ci peuvent s'opposer à la prolongation de la période de suspension initiale de 30 jours et prendre de nouveau une mesure de recouvrement après l'expiration de la période de suspension.

La question de savoir si la demande d'autorisation fondée sur la loi provinciale constituait une «instance» au sens de cette loi n'était pas importante en l'espèce. L'argumentation des appelants reposant sur l'art. 23 de la loi fédérale, le litige concernait l'interprétation appropriée du mot «poursuites» dans la loi fédérale. Dans ce contexte, il n'était pas absurde d'exiger la suspension des mesures de recouvrement pour la durée de la période de suspension.

The constitutional objection arose because the order made under the provincial statute purportedly authorized the very litigation that the federal stay purportedly prohibited thereby creating an operational incompatibility in the two orders. Given this “express contradiction”, the doctrine of federal paramountcy was triggered. Since the validity of the leave order has to be determined as of the date it was made, and cannot depend on the respondent’s decision not to act on it until expiry of the stay, the order issued pursuant to the inoperative provincial authority was invalid.

The invalidity was in the nature of a nullity and not an irregularity. The Court, in considering the distinction between mandatory (where non-compliance results in invalidity) and directory (where non-compliance may in certain cases be relieved against) requirements, must be guided by the object of the statute and the effects of ruling one way or the other. Here, the provincial *Family Farm Protection Act* was clear as to the consequences of failure to comply. The Court has no authority to breathe life into a leave order rendered inoperative by the doctrine of federal paramountcy.

### Cases Cited

**Distinguished:** *Farm Credit Corp. v. Wade* (1994), 28 C.B.R. (3d) 203; *Calvert v. Salmon* (1994), 17 O.R. (3d) 455; **referred to:** *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417; *Farm Credit Corp. v. Lebrun*, Man. Q.B., File No. 497-88, March 6, 1990 (unreported); *Davies v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1987] B.C.J. No. 632 (QL); *Nelson’s Lazy H Ranches (1984) Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1992] 3 W.W.R. 574; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*; *An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*,

La contestation constitutionnelle découlait du fait que l’ordonnance rendue en vertu de la loi provinciale visait à autoriser le litige même que la suspension décrétée conformément à la loi fédérale visait à interdire, créant ainsi une incompatibilité opérationnelle entre les deux ordonnances. Vu l’existence de cette «contradiction expresse», la théorie de la prépondérance fédérale est entrée en jeu. Étant donné que la validité de l’ordonnance d’autorisation doit être déterminée à la date à laquelle elle a été rendue et qu’elle ne peut dépendre de la décision de l’intimée de ne pas agir avant l’expiration de la période de suspension, l’ordonnance rendue en vertu de la disposition provinciale inopérante était invalide.

L’invalidité avait le caractère d’une nullité et non d’une irrégularité. La Cour, en considérant la distinction entre les exigences qui sont impératives (celles dont le non-respect entraîne l’invalidité) et celles qui sont directives (au non-respect desquelles il est possible de remédier dans certaines circonstances), doit tenir compte de l’objet de la loi et des effets qu’entraînera son interprétation. En l’espèce, la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* provinciale ne laissait subsister aucun doute quant aux conséquences du défaut de se conformer à l’exigence d’une autorisation. Notre Cour n’a pas le pouvoir de redonner vie à une ordonnance d’autorisation rendue inopérante par l’application de la théorie de la prépondérance fédérale.

### Jurisprudence

**Distinction d’avec les arrêts:** *Farm Credit Corp. c. Wade* (1994), 28 C.B.R. (3d) 203; *Calvert c. Salmon* (1994), 17 O.R. (3d) 455; **arrêts mentionnés:** *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Vachon c. Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 417; *Farm Credit Corp. c. Lebrun*, B.R. Man., n° du greffe 497-88, 6 mars 1990 (inédit); *Davies c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1987] B.C.J. No. 632 (QL); *Nelson’s Lazy H Ranches (1984) Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1992] 3 W.W.R. 574; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*; *Acte concernant le chemin de fer de l’Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Bande indienne de la rivière Blueberry c.*

[1995] 4 S.C.R. 344; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241.

### Statutes and Regulations Cited

*Family Farm Protection Act*, C.C.S.M., c. F15, s. 8(1), (4).  
*Farm Debt Mediation Act*, S.C. 1997, c. 21, s. 22(1).  
*Farm Debt Review Act*, R.S.C., 1985, c. 25 (2nd Supp.), ss. 16, 17(1), 18, 20(1), 22(1), (2), 23, 24, 26, 28, 29(1), (2).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

### Authors Cited

Canada. *House of Commons Debates*, vol. X, 1st Sess., 33rd Parl., June 20, 1986, p. 14790.  
 Colvin, Eric. Comment on *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon* (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347.  
 Colvin, Eric. "Legal Theory and the Paramountcy Rule" (1979), 25 *McGill L.J.* 82.  
 Farlinger, Brian A. "The Farm Debt Review Act" (1988), 2 *B.F.L.R.* 223.  
*Grand Robert de la langue française*, 2nd ed., t. 7. Paris: Le Robert, 1986, "pour".  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. 6. Oxford: Clarendon Press, 1989, "for".  
 Weinczok, Michael A. "The Farm Debt Review Act" (1991), 18 *Can. Bus. L.J.* 43.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1997), 118 Man. R. (2d) 174, 149 W.A.C. 174, 13 C.P.C. (4th) 33, [1997] M.J. No. 444 (QL), allowing an appeal from an order of Clearwater J. declaring a previous order granting leave to commence foreclosure proceedings to be a nullity. Appeal allowed.

John A. Myers and Ken G. Mandzuik, for the appellants.

B. Patrick Metcalfe and Robert J. Graham, for the respondent.

*Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

### Lois et règlements cités

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. (1985), ch. 25 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 16, 17(1), 18, 20(1), 22(1), (2), 23 [abr. & rempl. 1992, ch. 1, art. 144 (ann. VII, art. 26)], 24, 26, 28, 29(1), (2).  
*Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, L.C. 1997, ch. 21, art. 22(1).  
*Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales*, C.P.L.M., ch. F15, art. 8(1), (4).

### Doctrine citée

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. X, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 20 juin 1986, p. 14790.  
 Colvin, Eric. Comment on *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon* (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347.  
 Colvin, Eric. «Legal Theory and the Paramountcy Rule» (1979), 25 *McGill L.J.* 82.  
 Farlinger, Brian A. «The Farm Debt Review Act» (1988), 2 *B.F.L.R.* 223.  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd., t. 7. Paris: Le Robert, 1986, «pour».  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.  
*Oxford English Dictionary*, 2nd ed., vol. 6. Oxford: Clarendon Press, 1989, «for».  
 Weinczok, Michael A. «The Farm Debt Review Act» (1991), 18 *Can. Bus. L.J.* 43.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1997), 118 Man. R. (2d) 174, 149 W.A.C. 174, 13 C.P.C. (4th) 33, [1997] M.J. No. 444 (QL), qui a accueilli un appel formé contre une ordonnance du juge Clearwater annulant une ordonnance antérieure qui avait accordé l'autorisation d'intenter une action en forclusion. Pourvoi accueilli.

John A. Myers et Ken G. Mandzuik, pour les appelants.

B. Patrick Metcalfe et Robert J. Graham, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — At what point do legislators give up the struggle to keep defaulting farmers on the farm? For the last 28 years, the Desrochers family has worked a homestead on 160 acres of land near Pilot Mound, Manitoba. (M & D Farm Limited is a family corporation owned by the individual appellants, which took title in 1979.) The farm was mortgaged to the Manitoba Agricultural Credit Corporation (“MACC”) for \$39,500 in 1972 and payments were made on this mortgage with varying degrees of punctuality and sufficiency of amount until 1989. As a result of “poor crops, bad weather and high farming expenses”, the appellants’ farm slid into insolvency in the early 1990s. For the past 8 years, MACC has made efforts, at times desultory, to realize on its security. It has had to navigate simultaneously the provisions of the federal *Farm Debt Review Act*, R.S.C., 1985, c. 25 (2nd Supp.), and the Manitoba *Family Farm Protection Act*, C.C.S.M., c. F15. The question on this appeal is whether the respondent inadvertently navigated itself onto the shoals of the federal paramountcy doctrine, and thereby obtained a remedy which is now to be pronounced a nullity.

More specifically, on January 17, 1994, MACC obtained from the Manitoba Court of Queen’s Bench leave under the Manitoba legislation to commence foreclosure proceedings. The appellants say that the leave application under the provincial Act contravened the federal legislation and is invalid, and that MACC’s subsequent foreclosure sale and possession proceedings based on the invalid grant of leave are equally invalid. At the conclusion of the hearing of the appeal, we gave judgment for the appellants with reasons to follow. These are the reasons.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — À quel moment les législateurs cessent-ils de lutter pour garder les agriculteurs en défaut à la ferme? Depuis 28 ans, la famille Desrochers exploite un *homestead* de 160 acres près de Pilot Mound (Manitoba). (Titulaire du titre de propriété depuis 1979, M & D Farm Limited est une société familiale appartenant aux personnes physiques appelantes.) En 1972, la ferme est grevée d’une hypothèque de 39 500 \$ au profit de la Société du crédit agricole du Manitoba (la «SCAM»). Des versements hypothécaires, dont la ponctualité et l’exactitude ont varié, sont effectués jusqu’en 1989. En raison [TRADUCTION] «des mauvaises récoltes, du mauvais temps et des dépenses d’exploitation élevées», la ferme des appelants est devenue insolvable au début des années 1990. Au cours des huit dernières années, la SCAM a cherché, parfois de façon peu méthodique, à réaliser sa sûreté. Elle a dû naviguer à travers les dispositions de la *Loi sur l’examen de l’endettement agricole*, L.R.C. (1985), ch. 25 (2<sup>e</sup> suppl.), et celles de la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* du Manitoba, C.P.L.M., ch. F15. La question dans le présent pourvoi est de savoir si l’intimée n’a pas donné par inadvertance contre les hauts-fonds de la théorie de la prépondérance fédérale et obtenu, de ce fait, un redressement qui doit maintenant être déclaré nul.

Plus précisément, le 17 janvier 1994, la SCAM a obtenu de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba l’autorisation d’intenter une action en forclusion en application de la loi manitobaine. Les appelants soutiennent que la demande d’autorisation présentée sous le régime de la loi provinciale contrevient à la loi fédérale et est nulle, et que les poursuites subséquentes visant la prise de possession et la vente forcée engagées par la SCAM sur le fondement de l’autorisation non valide sont également nulles. À l’audience, nous avons rendu jugement en faveur des appelants en indiquant que les motifs suivraient. Les voici.

1

2

Facts

3 Marcel and Darlene Desrochers have had their home on the land at issue since 1971. The land was purchased from members of Mrs. Desrochers' family using the proceeds of a \$39,500 mortgage loan from MACC. The loan was broken into two parts, namely an "intermediate" loan of \$14,500 that was paid off by May 1983 and the balance of \$25,000 under a long-term mortgage maturing in 2002. The farm seems to have experienced more bad years than good. The most recent mortgage payment was made almost 10 years ago in August 1989. The appellants say they paid \$42,643.53 over the years in respect of principal and interest on the \$25,000 portion of the debt, and still owed \$28,681. MACC says they owed more than that.

4 On December 1, 1992, MACC demanded payment of arrears owing under the mortgage and also gave notice under s. 22 of the *Farm Debt Review Act* that it intended to commence proceedings to recover the amounts outstanding if the arrears were not paid. The appellants quickly applied for a stay of proceedings under s. 23 of the federal *Farm Debt Review Act*, as they were entitled to do, and this stay was granted on January 4, 1994. The stay was continued to May 4, 1994 by virtue of three extensions of 30 days each obtained by the appellants, the maximum number obtainable under the legislation.

5 The general manager of the federal Farm Debt Review Board (the "Board") established under the *Farm Debt Review Act* mailed a copy of the stay of proceedings to MACC on or about January 4, 1994. The evidence is not clear as to when this federal notice was actually received but the fact is that MACC appeared before the Manitoba Court of Queen's Bench on January 17, 1994, on notice to the appellants, seeking leave under the provincial Act to commence mortgage foreclosure proceedings and to apply for an order for possession of the appellants' farm. The appellants failed to appear because, they say, they assumed that MACC

Les faits

Marcel et Darlene Desrochers sont établis sur la terre faisant l'objet du litige depuis 1971. Ils l'ont achetée à des membres de la famille de M<sup>me</sup> Desrochers grâce à un prêt hypothécaire de 39 500 \$ consenti par la SCAM. Le prêt a été divisé en deux parties, savoir un prêt «de durée intermédiaire» de 14 500 \$ qui a été remboursé en mai 1983 et un prêt hypothécaire à long terme pour le solde, soit 25 000 \$, venant à échéance en 2002. La ferme semble avoir connu plus de mauvaises années que de bonnes. Le dernier versement hypothécaire a été fait il y a près de dix ans en août 1989. Les appelants affirment qu'ils ont versé 42 643,53 \$ au fil des ans en capital et en intérêts pour rembourser la partie de la dette s'élevant à 25 000 \$, et qu'ils doivent encore 28 681 \$. La SCAM soutient qu'ils lui doivent davantage.

Le 1<sup>er</sup> décembre 1992, la SCAM a demandé le paiement de l'arriéré des versements hypothécaires et, en application de l'art. 22 de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, elle a donné préavis de son intention d'intenter des poursuites pour recouvrer les sommes dues si l'arriéré n'était pas réglé. Les appelants ont rapidement présenté une demande de suspension des recours en vertu de l'art. 23 de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale, comme ils avaient le droit de le faire, et cette suspension a été accordée le 4 janvier 1994. La suspension a été maintenue jusqu'au 4 mai 1994 en vertu de trois prolongations de délai de 30 jours chacune obtenues par les appelants, soit le nombre maximum prévu par la loi.

Le directeur général du bureau fédéral d'examen de l'endettement agricole (le «bureau»), constitué en vertu de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, a expédié par la poste à la SCAM un avis de la suspension des recours vers le 4 janvier 1994. La preuve n'établit pas clairement la date à laquelle l'avis fédéral a été effectivement reçu, mais le fait est que la SCAM s'est présentée devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba le 17 janvier 1994, après avoir donné un avis aux appelants, en vue d'obtenir, conformément à la loi provinciale, l'autorisation d'intenter une action en forclusion hypothécaire et de demander une ordon-

would not try to proceed under the provincial Act in the face of the federal stay of proceedings. It is common ground that the motions judge was not aware of the federal stay of proceedings, and the leave order issued on January 17, 1994 as requested, plus costs.

The terms of the January 17, 1994 order purport to authorize *immediate* commencement of mortgage foreclosure proceedings, application to the district registrar for an order of sale and for an order of foreclosure, together with leave to apply for an order of possession of the mortgaged land and premises. On learning of the purported grant of leave under the provincial legislation in March 1994, the appellants made it known to MACC that, in their view, the order of January 17, 1994 was of no effect, and subsequent proceedings were invalid.

MACC refrained from taking any action on the grant of leave until after the expiry of the federal stay of proceedings in May of 1994. Thereafter it moved forward at a measured pace until it obtained a certificate of title to the mortgage property on August 20, 1996. A demand for possession was forwarded to the appellants on October 8, 1996.

At that point the Desrochers, who were still in residence, moved to have the initial order granting MACC leave to proceed and all subsequent proceedings declared nullities. Their Notice of Motion was dated January 14, 1997, almost three years after the issuance of the original order, and almost eight years since their last mortgage payment.

nance de mise en possession de la ferme des appelants. Ces derniers n'ont pas comparu parce qu'ils disent avoir présumé que la SCAM ne tenterait pas d'agir en vertu de la loi provinciale au mépris de la suspension des recours accordée sous le régime de la loi fédérale. Les parties admettent que le juge des requêtes ne savait pas que la suspension des recours avait été décrétée sous le régime de la loi fédérale, et l'ordonnance d'autorisation a été rendue le 17 janvier 1994 telle que demandée, avec dépens.

L'ordonnance du 17 janvier 1994 visait à autoriser l'introduction *immédiate* de l'action en forclusion hypothécaire et, la présentation devant le registraire de district d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance de vente et une ordonnance de forclusion, ainsi que la présentation d'une demande de prise de possession de la terre et des bâtiments hypothéqués. En apprenant en mars 1994 l'octroi de ce qu'on prétendait être une autorisation en vertu de la loi provinciale les appelants ont fait savoir à la SCAM que, selon eux, l'ordonnance du 17 janvier 1994 était inopérante et que les poursuites subséquentes étaient nulles.

La SCAM s'est abstenue de donner suite à l'autorisation jusqu'à ce que la suspension des recours décrétée en vertu de la loi fédérale prenne fin en mai 1994. Par la suite, elle a poursuivi ses démarches à un rythme modéré jusqu'à ce qu'elle obtienne un certificat du titre de propriété du bien hypothéqué le 20 août 1996. Une demande de prise de possession a été envoyée aux appelants le 8 octobre 1996.

Les Desrochers, qui habitaient toujours à la ferme, ont alors demandé que l'ordonnance initiale accordant à la SCAM l'autorisation d'agir ainsi que toutes les poursuites subséquentes soient déclarées nulles. Leur avis de requête était daté du 14 janvier 1997, soit près de trois ans après que l'ordonnance initiale eut été rendue et presque huit ans après leur dernier versement hypothécaire.

6

7

8

Relevant Legislative Provisions

<sup>9</sup> *Farm Debt Review Act*, R.S.C., 1985, c. 25 (2nd Supp.)

16. Any farmer who is in financial difficulty may apply, in the prescribed form containing the prescribed information, to the Board established for the province or region of Canada in which the farmer resides for a review of the farmer's financial affairs or for assistance in facilitating an arrangement with his creditors.

17. (1) Subject to subsection (2), where a Board receives an application made under section 16, the Chairman of the Board shall appoint a review panel with respect to the application in accordance with section 12.

18. A review panel appointed under section 17 shall examine the financial affairs of the farmer concerned and may offer advice, meet with the farmer and any of the farmer's creditors and assist the farmer and his creditors to enter into an arrangement.

. . .

20. (1) Any insolvent farmer may apply, in the prescribed form containing the prescribed information, to the Board established for the province or region of Canada in which the farmer resides for a review of his financial affairs and for a stay of any proceedings against the farmer by his creditors.

. . .

22. (1) Every secured creditor who intends to realize on any security of a farmer shall give the farmer written notice, in the prescribed form containing the prescribed information, of his intention to do so and in the notice shall advise the farmer of the right of an insolvent farmer to make an application under section 20.

(2) The notice referred to in subsection (1) shall be given to the farmer in the prescribed manner at least fifteen business days before the taking of any action by the secured creditor to realize on the security.

23. Subject to sections 26, 29 and 32, and notwithstanding any other law, on receipt by a Board of an application made by a farmer under section 20, no creditor of the farmer shall, for a period of thirty days after the receipt of the application by the Board, have any remedy against the property of the farmer or shall commence or continue any proceedings or any action, execution or other proceedings, judicial or extra-judicial,

Dispositions législatives pertinentes

*Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. (1985), ch. 25 (2<sup>e</sup> suppl.)

16. Tout agriculteur en difficulté financière peut présenter au bureau constitué pour la province ou la région du lieu de sa résidence, en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre, une demande d'examen de sa situation ou d'aide en vue de faciliter la conclusion d'un arrangement avec ses créanciers.

17. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le président du bureau qui reçoit une demande visée à l'article 16 constitue un comité conformément à l'article 12 pour l'examen de celle-ci.

18. Le comité constitué en vertu de l'article 17 examine la situation financière de l'agriculteur. Il peut le conseiller à cet égard, le rencontrer ainsi que ses créanciers et les aider en vue de faciliter la conclusion d'un arrangement entre eux.

. . .

20. (1) Tout agriculteur insolvable peut présenter au bureau constitué pour la province ou la région du lieu de sa résidence, en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre, une demande d'examen de sa situation financière et de suspension des recours contre lui par ses créanciers.

. . .

22. (1) Tout créancier garanti d'un agriculteur doit, avant de réaliser sa sûreté, en donner préavis à l'agriculteur, en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre, en y indiquant qu'un agriculteur insolvable peut présenter une demande d'examen en vertu de l'article 20.

(2) Le préavis doit être donné à l'agriculteur de la façon prévue par règlement au moins quinze jours ouvrables avant la prise par le créancier garanti de toute mesure visant la réalisation de sa sûreté.

23. Sous réserve des articles 26, 29 et 32, mais par dérogation à toute autre loi, à compter de la réception par le bureau de la demande prévue à l'article 20, aucun créancier de l'agriculteur ne peut, pendant une période de trente jours, exercer un recours contre les biens de l'agriculteur ni intenter ou continuer des poursuites ou autre action, voie d'exécution ou procédure, judiciaire ou extra-judiciaire, pour le recouvrement d'une dette, le

for the recovery of a debt, the realization of any security or the taking of any property out of the possession of the farmer.

dégagement d'une valeur ou la prise de possession d'un bien détenu par l'agriculteur.

26. If a farmer contravenes or is negligent in complying with any directives issued to the farmer by a Board pursuant to subsection 25(1) or if the Board is of the opinion that the farmer has, by any act or omission on his part, jeopardized his assets or obstructed the guardian in the performance of the guardian's duties and functions under subsection 25(2), the Board may direct that the period referred to in section 23, as it may have been extended under section 29, be terminated and, where the Board so directs, that period shall terminate.

26. Si l'agriculteur contrevient ou néglige de se conformer aux directives du bureau prévues au paragraphe 25(1) ou si celui-ci estime que l'agriculteur a risqué, par acte ou omission, de porter atteinte à la conservation de son actif, ou qu'il a entravé le gardien dans l'exercice des fonctions prévues au paragraphe 25(2), le bureau ordonne que soit levée la suspension des recours prévue à l'article 23 ou toute prolongation de celle-ci accordée en vertu de l'article 29; une telle ordonnance a pour effet de lever la suspension des recours.

29. (1) Where a Board considers an extension of the period referred to in section 23 to be essential to the formulation of an arrangement between a farmer and his creditors, the Board may extend that period for a period of thirty days.

29. (1) Le bureau, s'il estime qu'un délai supplémentaire est nécessaire pour que l'agriculteur et ses créanciers concluent un arrangement, peut prolonger de trente jours la période de suspension prévue à l'article 23.

(2) Where a Board considers an extension of the period referred to in section 23, as extended under subsection (1), to be essential to the formulation of an arrangement between the farmer and his creditors, the Board may extend that period for a maximum of two further periods of thirty days each.

(2) Le bureau, s'il estime qu'un nouveau délai supplémentaire est nécessaire pour que l'agriculteur et ses créanciers concluent un arrangement, peut prolonger d'au plus deux périodes supplémentaires de trente jours le délai supplémentaire prévu au paragraphe (1).

*The Family Farm Protection Act, C.C.S.M., c. F15*

*Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales, C.P.L.M., ch. F15*

8(1) No person shall commence or continue any action or proceeding to realize upon or otherwise enforce

8(1) Il est interdit, sans avoir obtenu l'autorisation préalable du tribunal aux termes de la présente partie, d'introduire ou de poursuivre une action ou une instance aux termes de laquelle l'exploitant agricole peut être déchu de son droit de propriété ou de possession à l'égard des terres agricoles dont il est le propriétaire inscrit ou qu'il achète dans le cadre d'une convention exécutoire de vente, et dont les conclusions visent:

(a) a mortgage, an encumbrance, a security agreement or an agreement for sale of farmland, or any provision contained therein; or

a) la réalisation d'hypothèques, de charges ou de sûretés, ou l'exécution de conventions exécutoires de vente de terres agricoles;

(b) a judgment or an attachment obtained on the basis of a mortgage, an encumbrance, a security agreement or an agreement for sale of farmland, or any provision contained therein;

b) l'exécution de jugements ou de saisies-arrêts fondés sur une hypothèque, une charge, une sûreté ou un contrat de vente de terres agricoles.

whereby a farmer could be deprived of the ownership or the possession of farmland of which the farmer is the registered owner or of which the farmer is the purchaser under an agreement for sale, without first obtaining leave of the court under this Part.

8(4) Any action or proceeding which is commenced or continued after the coming into force of this Act without first obtaining leave of the court as required by this Part is a nullity.

### Judgments

#### *Manitoba Court of Queen's Bench*

10 Clearwater J., who had granted the initial leave application, made a further order on March 20, 1997, declaring his initial order a nullity, and all proceedings taken pursuant to his initial order also to be nullities. He noted that the stay had been granted pursuant to the federal *Farm Debt Review Act* 13 days before he had granted the leave application. He accepted that MACC may not have been aware of the stay when its motion for leave was brought on January 17, 1994, but he found that MACC definitely was aware of it by March of the same year. While nothing had been done in the intervening three years to vary or set aside the order granting leave, Clearwater J. found that the appellants had at all times made it clear to MACC that, in their view, the order of January 17 was of no force or effect. He commented:

... it is difficult to see why, with the issue being put to it, not only by the Desrochers, but at least to some extent by representatives of the Farm Debt Review Board as it appears from the affidavit, a rather simple and not too costly motion might have been brought at a point in time when all stays granted by the federal board had expired.

11 The issue before Clearwater J. was whether the stay of proceedings granted under s. 23 of the federal statute prohibited MACC from seeking leave under s. 8 of the provincial Act to commence proceedings to enforce its mortgage. MACC submitted that a s. 23 stay was not a prohibition against *any* proceedings, but only prohibited proceedings "against the property" or otherwise "for the recovery of a debt, the realization of any security or the taking of any property out of the possession of the

8(4) Sont nulles les actions et instances introduites ou poursuivies, après l'entrée en vigueur de la présente loi, sans l'autorisation préalable du tribunal exigée aux termes de la présente partie.

### Jugements

#### *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

Le juge Clearwater, qui avait accordé la demande d'autorisation initiale, a rendu une autre ordonnance le 20 mars 1997 annulant la première et toutes les poursuites engagées aux termes de celle-ci. Il a noté que la suspension avait été accordée conformément à la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale 13 jours avant qu'il ne fasse droit à la demande d'autorisation. Il a accepté qu'il se pouvait que la SCAM n'ait pas su qu'une suspension avait été accordée lorsque sa requête en autorisation a été présentée le 17 janvier 1994, mais il a conclu qu'elle connaissait très certainement son existence en mars de la même année. Bien qu'aucune mesure n'ait été prise au cours des trois années qui se sont écoulées entre-temps en vue de faire modifier ou annuler l'ordonnance accordant l'autorisation, le juge Clearwater a conclu que les appelants avaient toujours fait clairement savoir à la SCAM que, selon eux, l'ordonnance du 17 janvier était inopérante. Il a dit ce qui suit:

[TRADUCTION]... il est difficile de comprendre pourquoi, la question ayant été soulevée, non seulement par les Desrochers mais au moins dans une certaine mesure par des représentants du bureau d'examen de l'endettement agricole, comme il ressort de l'affidavit, une requête assez simple et pas trop onéreuse aurait pu être présentée à un moment donné après l'expiration de toutes les suspensions accordées par le bureau fédéral.

Le juge Clearwater devait trancher la question de savoir si la suspension des recours accordée en vertu de l'art. 23 de la loi fédérale interdisait à la SCAM de demander, sous le régime de l'art. 8 de la loi provinciale, l'autorisation d'intenter des poursuites pour réaliser son hypothèque. La SCAM a soutenu que la suspension prévue à l'art. 23 n'interdisait pas *toutes* les poursuites, mais seulement celles qui sont dirigées «contre les biens» ou autrement exercées «pour le recouvre-

farmer". It was MACC's position that a mere application for leave did none of these things. MACC characterized the motion for leave as a condition precedent to any realization or foreclosure proceedings, and as such was collateral to and distinct from the proceedings prohibited under the federal Act. In any event, MACC argued that the obtaining of leave during the stay was a mere irregularity that had not prejudiced the appellants in any way and therefore could and should be cured by subsequent judicial order. Clearwater J. ruled, however, that the terms of the stay issued under s. 23 of the federal Act were clear and that the steps taken under the provincial statute were of no effect. MACC, as a knowledgeable lender, should have brought a motion to obtain leave to commence proceedings *after* the stay and its extensions had expired. Clearwater J. found that MACC's failure to do so irretrievably flawed the subsequent proceedings.

Clearwater J. considered the delay by the Desrochers as "almost inexcusable" and "almost unconscionable", but considered that nothing could be done for MACC to save a nullity.

*Court of Appeal of Manitoba* (1997), 118 Man. R. (2d) 174 (Helper J.A., Huband and Lyon J.J.A. concurring)

The Manitoba Court of Appeal was persuaded by MACC's argument that the January 17, 1994 order was not a proceeding prohibited by the stay but only a "condition precedent" to such a proceeding. Helper J.A. considered that the appellants' argument to the contrary would lead to an absurdity for if the application for leave itself is an "action or proceeding", a lender could never realise on its security because an application for leave without prior leave being obtained would itself be prohibited under s. 8 of the provincial statute.

ment d'une dette, le dégageant d'une valeur ou la prise de possession d'un bien détenu par l'agriculteur». Selon elle, la simple demande d'autorisation ne vise aucune de ces fins. Elle a qualifié la demande d'autorisation de condition préalable à l'exercice d'une action en réalisation ou en forclusion, et en tant que telle, d'élément accessoire et distinct des poursuites interdites par la loi fédérale. De toute façon, la SCAM a allégué que l'obtention de l'autorisation pendant la suspension constituait une simple irrégularité qui, n'ayant causé aucun préjudice aux appelants, pouvait et devait être corrigée par une ordonnance judiciaire subséquente. Toutefois, le juge Clearwater a statué que le libellé de la suspension accordée en vertu de l'art. 23 de la loi fédérale était clair et que les mesures prises sous le régime de la loi provinciale étaient inopérantes. La SCAM, en sa qualité de prêteur averti, aurait dû présenter une requête en vue d'obtenir l'autorisation d'intenter des poursuites *après* l'expiration de la suspension et de ses prolongations. Le juge Clearwater a conclu que l'omission de la SCAM viciait irrémédiablement les poursuites subséquentes.

Le juge Clearwater a jugé que le retard des Desrochers était [TRADUCTION] «presque inexcusable» et [TRADUCTION] «presque déraisonnable», mais que la SCAM ne pouvait rien faire pour éviter la nullité.

*Cour d'appel du Manitoba* (1997), 118 Man. R. (2d) 174 (le juge Helper avec l'appui des juges Huband et Lyon)

La Cour d'appel du Manitoba a accueilli la thèse de la SCAM voulant que l'ordonnance du 17 janvier 1994 ne soit pas une poursuite interdite par la suspension, mais seulement une [TRADUCTION] «condition préalable» à l'exercice d'une telle poursuite. Le juge Helper a estimé que l'argument contraire avancé par les appelants conduisait à une absurdité car, si la demande d'autorisation était elle-même [TRADUCTION] «une action ou une poursuite», le prêteur ne pourrait jamais réaliser sa sûreté parce qu'une demande d'autorisation sans autorisation préalable serait elle-même interdite aux termes de l'art. 8 de la loi provinciale.

12

13

14 Therefore, Helper J.A. concluded that MACC's interpretation of the relevant legislation was to be preferred and that a leave application is not a "proceeding". More importantly, even if a leave application could be characterized as a proceeding, it was not a "remedy against the property of the farmer", and nor did "it constitute the commencement or the continuation of 'any proceedings . . .' for the recovery of a debt". Accordingly, Helper J.A. concluded, at p. 176, that "MACC was entirely justified in making its application for leave during the continuance of the stay order. It acted in accordance with that order by taking no steps to commence proceedings to realize upon its mortgage until the stay was exhausted in May, 1994".

15 It is the Manitoba Court of Appeal's reversal of the order of Clearwater J. granted March 20, 1997 that is the subject of this appeal.

### Analysis

16 At the root of this appeal is the doctrine of federal paramountcy. The appellants say that MACC's steps under the provincial *Family Farm Protection Act* brought it into conflict with the stay issued under the federal *Farm Debt Review Act*. The order made under the provincial Act gave a green light to commence foreclosure and sale proceedings at a time when the federal stay still showed red. Neither MACC nor the Desrochers challenged the validity of either the federal or provincial statute.

17 Crucial to the argument is the scope and application of the federal *Farm Debt Review Act*. Once that is determined, the provisions of the provincial Act must be examined to see whether "there [would be an] actual conflict in operation" when

Par conséquent, le juge Helper a conclu que l'interprétation donnée par la SCAM à la loi pertinente devait être préférée et qu'une demande d'autorisation n'était pas une «poursuite». Et, ce qui est plus important, il a statué que même si une demande d'autorisation pouvait être qualifiée de poursuite, il ne s'agissait ni d'exercer un «recours contre les biens de l'agriculteur», ni [TRADUCTION] «d'intenter ou de continuer "des poursuites . . ." pour le recouvrement d'une dette». Le juge Helper a donc conclu, à la p. 176, que la [TRADUCTION] «SCAM était tout à fait justifiée de présenter sa demande d'autorisation pendant la prolongation de l'ordonnance de suspension. Elle s'est conformée à cette ordonnance en ne prenant pas de mesures en vue d'intenter des poursuites pour réaliser son hypothèque avant l'expiration de la suspension en mai 1994».

Le présent pourvoi porte sur l'infirmité par la Cour d'appel du Manitoba de l'ordonnance du juge Clearwater rendue le 20 mars 1997.

### Analyse

La théorie de la prépondérance fédérale est à la base du présent pourvoi. Selon les appelants, les démarches entreprises par la SCAM en vertu de la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* provinciale ont placé cette dernière en conflit avec la suspension prononcée en application de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale. L'ordonnance rendue en vertu de la loi provinciale autorisait l'exercice d'une action en vue d'obtenir la forclusion et la mise en vente alors que la suspension visée par la loi fédérale l'interdisait toujours. Ni la SCAM ni les Desrochers n'ont contesté la validité de la loi fédérale ou de la loi provinciale.

La portée et l'application de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale sont cruciales pour l'argumentation avancée. Une fois cette question tranchée, il faut examiner les dispositions de la loi provinciale pour voir s'il y a «un conflit

the two statutes purport to function side by side. (See *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, per Dickson J. (as he then was), at p. 191.) In the event of an express contradiction, the federal enactment prevails to the extent of the inconsistency.

### *The Federal Scheme*

It seems clear that the federal *Farm Debt Review Act* taken as a whole was intended to create a standstill period or moratorium of short duration. The initial stay of 30 days can only be extended where the Board considers it "essential to the formulation of an arrangement" (s. 29) and even then the maximum period is 120 days. The farmer is given a breathing space in which to attempt to reorganize his or her financial affairs. He or she is provided with the assistance of a neutral panel to mediate with creditors (ss. 17, 18). The function of the Board is to assist the viable farmer to stay on the farm, not to preside over the liquidation of his, her or its assets.

When the *Farm Debt Review Act* was being considered by Parliament in 1986, the Minister of Agriculture, the Hon. John Wise, described the aim of the legislation in the following terms:

This legislation, in any way, shape or form, will not solve all the problems in Canadian agriculture. It will not address difficult questions about international pricing, nor will it address difficult questions about international markets. It will not erase the past. It is intended to and will help farmers with the potential to be viable and remain in business. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. X, 1st Sess., 33rd Parl., June 20, 1986, at p. 14790.)

Farmers without the protection of a marketing board or other price stabilization schemes face volatile markets and volatile prices. The legislation recognizes that temporary financial embarrassment is part of a farmer's lot, and does not necessarily signal lack of long-term financial viability. The Act provides a short standstill period within which

véritable» lorsque les deux lois sont censées s'appliquer simultanément. (Voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 191.) En cas de contradiction expresse, le texte de loi fédéral l'emporte sur les dispositions incompatibles de la loi provinciale.

### *Le régime fédéral*

Il semble clair que la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale envisagée dans son ensemble avait pour but d'instaurer un temps d'arrêt ou moratoire de courte durée. La suspension initiale de 30 jours ne peut être prolongée que si le bureau estime «qu'un délai supplémentaire est nécessaire pour que l'agriculteur et ses créanciers concluent un arrangement» (art. 29) et même alors le délai maximal est de 120 jours. L'agriculteur dispose d'une marge de manœuvre pour tenter de réorganiser sa situation financière. Il reçoit l'aide d'un comité neutre qui agit comme médiateur entre lui et ses créanciers (art. 17 et 18). La mission du bureau est d'aider l'agriculteur viable à conserver sa ferme, et non de procéder à la liquidation de son actif.

Lorsque le Parlement a étudié la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* en 1986, le ministre de l'Agriculture, l'hon. John Wise, a exposé en ces termes le but de la loi:

Ce projet de loi, si bon qu'il soit, ne résoudra pas tous nos problèmes agricoles. Il ne règlera (*sic*) la question épineuse du cours international des produits agricoles ni celle tout aussi délicate des débouchés à l'étranger. Il n'effacera pas l'incurie de naguère. Il doit aider et il aidera les agriculteurs qui ont la possibilité d'être viables et de garder leur exploitation. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. X, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 20 juin 1986, à la p. 14790.)

Les agriculteurs qui ne bénéficient pas de la protection d'un office de commercialisation ni d'un autre régime de stabilisation des prix font face à l'agitation des marchés et à la fluctuation des prix. La loi reconnaît que les embarras financiers temporaires sont le lot de l'agriculteur, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il ne soit pas financière-

the farmer has an opportunity to demonstrate long-term viability to creditors.

20 The federal scheme has two branches. Under the first branch, any farmer — solvent or insolvent — who claims to be in financial difficulty may apply to the Federal Farm Debt Review Board “for a review of the farmer’s financial affairs or for assistance in facilitating an arrangement with his creditors” (s. 16). On receipt of such an application, the Chairman of the Board is directed to appoint a “review panel” (s. 17) whose responsibilities consist of examining the farmer’s financial affairs, offering advice on these affairs to the farmer, meeting with the farmer and his or her creditors and assisting the farmer and his or her creditors to enter into an “arrangement” (s. 18). If the creditors are satisfied of the farmer’s viability, they will likely make an arrangement rather than sue. However, it is important to emphasize that the federal scheme does not stay proceedings against a solvent farmer. Any protection for such farmers is found in the provincial legislation.

21 The second branch of the federal scheme addresses the plight of the farmer who *is* insolvent. Section 20 allows an insolvent farmer to apply for “a review of his financial affairs and for a stay of any proceedings”. Where a creditor wishes to exercise its right to sue, s. 22 requires written notice at least 15 business days before taking any action to realize on its security. Section 22 also requires such a secured creditor to notify the insolvent farmer of his or her right under s. 20 to apply to the Board for a stay. The initial stay is automatic, but is balanced by the requirement that a “guardian of the assets of the farmer” be appointed to meet any concerns of creditors about the interim preservation of assets (s. 24).

22 Once a stay of proceedings has been imposed pursuant to s. 23, a panel is appointed by the Board

ment viable à long terme. La loi prévoit un court temps d’arrêt pour donner à l’agriculteur la possibilité de prouver à ses créanciers sa viabilité à long terme.

Le régime fédéral comporte deux volets. En vertu du premier, tout agriculteur — solvable ou insolvable — qui prétend être en difficulté financière peut présenter au bureau fédéral d’examen de l’endettement agricole «une demande d’examen de sa situation ou d’aide en vue de faciliter la conclusion d’un arrangement avec ses créanciers» (art. 16). Le président du bureau qui reçoit une telle demande est tenu de constituer un «comité» (art. 17) chargé d’examiner la situation financière de l’agriculteur, de le conseiller à cet égard, de le rencontrer ainsi que ses créanciers et de les aider en vue de faciliter la conclusion d’un «arrangement» entre eux (art. 18). Si les créanciers sont convaincus de la viabilité de l’agriculteur, ils concluront vraisemblablement un arrangement plutôt que d’intenter une action. Toutefois, il est important de souligner que le régime fédéral ne suspend pas les poursuites exercées contre un agriculteur solvable. Les mesures de protection dont peuvent bénéficier ces agriculteurs sont prévues par la loi provinciale.

Le second volet du régime fédéral porte sur la situation de l’agriculteur qui *est* insolvable. L’article 20 permet à l’agriculteur insolvable de présenter «une demande d’examen de sa situation financière et de suspension des recours». L’article 22 exige du créancier qui veut exercer son droit de poursuivre qu’il donne à l’agriculteur un préavis au moins 15 jours ouvrables avant la prise de toute mesure visant la réalisation de sa sûreté. L’article 22 oblige également ce créancier garanti à aviser l’agriculteur insolvable de son droit de présenter au bureau une demande de suspension en vertu de l’art. 20. La première suspension est automatique, mais elle est pondérée par l’exigence que soit nommé un «gardien de l’actif de l’agriculteur» pour répondre aux préoccupations des créanciers en ce qui a trait à la conservation de l’actif entre-temps (art. 24).

Une fois la suspension des recours imposée en application de l’art. 23, le bureau constitue le

under s. 28 to “review the financial affairs of the farmer concerned and . . . meet with the farmer and his creditors for the purpose of facilitating an arrangement between them”. Extensions of the initial 30-day stay are discretionary, and may only be granted by the Board in 30-day segments. This allows the Board, if it reaches the conclusion after any segment that the mediation is unproductive, to terminate the standstill period.

### *Effect of the Federal Stay*

MACC contends that the leave it obtained under the provincial Act does not violate the terms of the federal stay. The leave application, it says, is a step *preliminary* to one of the proceedings prohibited by the federal Act. It does not itself achieve “the recovery of a debt, the realization of any security or the taking of any property out of the possession of the farmer”. It is merely a condition precedent to initiation of such proceedings. MACC says that s. 23 does not stall all litigation against the farmer, only the specific types of proceedings listed in s. 23 itself. It offers the somewhat facetious suggestion that the s. 23 stay would not prohibit divorce proceedings against the farmer, for example.

Here, however, we are not dealing with something as remote as a divorce proceeding. MACC wanted this farmer’s land. It served notice on December 8, 1993 that it was seeking foreclosure, sale and possession. The requirement of leave imposed by the Manitoba legislature was a necessary step to depriving the farmer of his land. Helper J.A., of the Manitoba Court of Appeal, concluded at p. 176 that:

. . . the leave application is not a proceeding as envisioned by s. 23 of the *FDRA*. An application for leave is not a “remedy against the property of the farmer”, nor does it constitute the commencement or the continuation

comité visé à l’art. 28 qui est chargé «[d’]examine[r] la situation financière de l’agriculteur concerné et [de] rencontre[r] ce dernier ainsi que ses créanciers en vue de faciliter la conclusion d’un arrangement entre eux». Le bureau a le pouvoir discrétionnaire de prolonger la première période de suspension de 30 jours mais seulement par période supplémentaire de 30 jours. Le bureau peut ainsi mettre fin au temps d’arrêt décrété si, après une période de prolongation, il conclut que la médiation est stérile.

### *Conséquences de la suspension prévue par la loi fédérale*

La SCAM soutient que l’autorisation qu’elle a obtenue sous le régime de la loi provinciale ne porte pas atteinte aux modalités de la suspension prévue par la loi fédérale. Selon elle, la demande d’autorisation est une étape *préliminaire* à l’exercice des poursuites interdites par la loi fédérale. Elle ne permet pas elle-même d’obtenir le «recouvrement d’une dette, le dégagement d’une valeur ou la prise de possession d’un bien détenu par l’agriculteur». Elle n’est qu’une condition préalable à l’exercice de telles poursuites. La SCAM soutient que l’art. 23 ne suspend pas tout procès intenté à l’agriculteur, seulement les types de poursuites qui sont énoncées à l’art. 23 lui-même. Elle donne l’exemple quelque peu facetieux de l’action en divorce contre l’agriculteur à laquelle la suspension prévue à l’art. 23 ne ferait pas obstacle.

Cependant, en l’espèce, nous n’avons pas à nous prononcer sur une question aussi éloignée que l’action en divorce. La SCAM voulait la terre de cet agriculteur. Le 8 décembre 1993, elle a signifié un avis pour faire connaître son intention d’obtenir la forclusion, la possession et la vente. L’obligation d’obtenir une autorisation, imposée par le législateur manitobain, était une étape nécessaire pour dépouiller l’agriculteur de sa terre. Le juge Helper de la Cour d’appel du Manitoba a conclu, à la p. 176, que:

[TRADUCTION] . . . la demande d’autorisation n’est pas une poursuite au sens de l’art. 23 de la *LEEA*. La demande d’autorisation n’est pas «un recours contre les biens de l’agriculteur», et il ne s’agit pas non plus d’in-

23

24

of "any proceedings or any action, execution or other proceedings" for the recovery of a debt. It is a condition precedent to [their] commencement. . . .

25 Whether s. 23 should be read narrowly (as did the Manitoba Court of Appeal) or more broadly (as was done by Clearwater J.) turns, I think, on the overall purpose of the federal *Farm Debt Review Act*, which is to be given "such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects": *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12. The applicable principle of statutory interpretation was expressed by Lamer C.J. in *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025, in considering the *Young Offenders Act*, at p. 1042, as follows:

In interpreting the relevant provisions of an Act, the express words used by Parliament must be interpreted not only in their ordinary sense but also in the context of the scheme and purpose of the legislation. . . .

See also Iacobucci J. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 23:

Although the Court of Appeal looked to the plain meaning of the specific provisions in question in the present case, with respect, I believe that the court did not pay sufficient attention to the scheme of the [*Employment Standards Act*], its objects or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized.

26 Applying that approach, I agree with the appellants that the Manitoba Court of Appeal in the present case unduly narrowed the scope of s. 23 of the federal Act without adequately taking into consideration the broader federal scheme of which s. 23 is a part. The Minister of Agriculture, in introducing the *Farm Debt Review Act*, as previously mentioned, characterized it as being enacted to "help farmers with the potential to be viable and remain in business". The significance of the federal scheme is pointed out by B. Farlinger in "The Farm Debt Review Act" (1988), 2 *B.F.L.R.* 223, at p. 231:

tenter ou de continuer «des poursuites ou autre action, voie d'exécution ou procédure, [. . .]» pour le recouvrement d'une dette. C'est une condition préalable à leur introduction . . .

Je crois que pour déterminer si l'art. 23 devrait être interprété de façon restrictive (comme l'a fait la Cour d'appel du Manitoba) ou de façon plus large (comme l'a fait le juge Clearwater), il faut examiner l'objet général de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale, qui doit «s'interpr[éter] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet»: *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12. Examinant la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le juge en chef Lamer a énoncé le principe applicable en matière d'interprétation des lois dans l'arrêt *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025, à la p. 1042:

Les termes exprès utilisés par le législateur dans les dispositions pertinentes d'une loi, doivent être interprétés non seulement selon leur sens ordinaire mais également dans le contexte de l'esprit et de l'objet de la loi . . .

Voir également le juge Iacobucci dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 23:

Bien que la Cour d'appel ait examiné le sens ordinaire des dispositions en question dans le présent pourvoi, en toute déférence, je crois que la cour n'a pas accordé suffisamment d'attention à l'économie de la [*Loi sur les normes d'emploi*], à son objet ni à l'intention du législateur; le contexte des mots en cause n'a pas non plus été pris en compte adéquatement.

Appliquant cette méthode, je suis d'accord avec les appelants pour dire que dans la présente affaire, la Cour d'appel du Manitoba a trop limité la portée de l'art. 23 de la loi fédérale sans prendre convenablement en considération le régime fédéral plus large dans lequel s'inscrit l'art. 23. Le ministre de l'Agriculture, en présentant la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, comme je l'ai déjà mentionné, a dit qu'elle était adoptée pour «aider [. . .] les agriculteurs qui ont la possibilité d'être viables et de garder leur exploitation». L'importance du régime fédéral est soulignée par B. Farlinger dans «The Farm Debt Review Act» (1988), 2 *B.F.L.R.* 223, à la p. 231:

The Act is significant in that it is based on creditors and applicant farmers coming to a voluntary arrangement. . . . The government has recognized that many insolvent farmers must leave the industry and that only commercially-viable farmers will be assisted by this Act. All applicants are provided with an opportunity to receive third-party expert advice on these financial affairs and relationships with their creditors.

See also M. A. Weinczok, "The Farm Debt Review Act" (1991), 18 *Can. Bus. L.J.* 43. Thus, although the *Farm Debt Review Act* does offer some protection to all farmers in financial difficulty, it was truly enacted to assist farmers who are commercially viable in the long term, and whose problems are temporary and solvable with the cooperation of the creditors. The Board cannot coerce a settlement. It has very limited time within which to work. In the end, the farmer remains subject to whatever voluntary arrangements he or she can make with the creditors.

In light of the statutory scheme read as a whole, and particularly the short time frames, my view is that the s. 23 moratorium prohibits the making of a leave application which is directed to the end result of debt collection or depriving the farmer of his or her land or other security. The foreclosure, possession and sale of mortgaged farmland will involve numerous steps and (as the respondent's original Notice of Motion illustrates), multiple proceedings. It is artificial to isolate the leave application from this multi-faceted process and, having isolated it, contend that it is exempt from the s. 23 stay.

A court proceeding places a drain on the farmer's resources at the very moment all parties should have their focus on a potential arrangement. A leave application does not itself result in dispossession, but it requires the farmer to put together a defence and this will likely involve hiring a lawyer (despite the fact that the farmer is *ex hypothesi* insolvent) to assist in the cross-examination on affidavits, preparing opposing affidavits and

[TRADUCTION] La Loi est importante parce qu'elle est fondée sur la conclusion par les créanciers et les agriculteurs d'un arrangement volontaire [. . .]. Le gouvernement a reconnu que de nombreux agriculteurs insolubles doivent quitter ce secteur d'activité et que seuls les agriculteurs viables sur le plan commercial seront aidés par cette loi. Tous les demandeurs ont la possibilité de bénéficier des conseils d'un tiers expert sur leur situation financière et leurs relations avec leurs créanciers.

Voir également M. A. Weinczok, «The Farm Debt Review Act» (1991), 18 *Can. Bus. L.J.* 43. Ainsi, bien que la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* offre une certaine protection à tous les agriculteurs en difficulté financière, elle a réellement été adoptée pour aider les agriculteurs qui sont commercialement viables à long terme et dont les problèmes sont temporaires et résolubles avec la collaboration des créanciers. Le bureau ne peut pas forcer les parties à conclure un règlement. Il a très peu de temps pour agir. En définitive, l'agriculteur est toujours assujéti à tout arrangement volontaire qu'il peut conclure avec les créanciers.

Compte tenu du régime législatif envisagé dans son ensemble, et notamment des brefs délais qu'il prévoit, je suis d'avis que le moratoire visé à l'art. 23 fait obstacle à la présentation d'une demande d'autorisation qui vise en fin de compte à recouvrer une créance ou à dépouiller l'agriculteur de sa terre ou d'un autre bien objet de la garantie. La forclusion, la prise de possession et la vente de terres agricoles hypothéquées comportent de nombreuses étapes et (comme le démontre l'avis de requête initial de l'intimée), de multiples procédures. Il est artificiel de détacher la demande d'autorisation de ce processus complexe et de prétendre ensuite qu'elle n'est pas visée par la suspension prévue à l'art. 23.

L'action en justice draine les ressources de l'agriculteur au moment même où toutes les parties doivent se concentrer sur la possibilité de conclure un arrangement. La demande d'autorisation n'entraîne pas elle-même la dépossession, mais elle oblige l'agriculteur à présenter une défense, ce qui nécessitera fort probablement le concours d'un avocat (bien que l'agriculteur soit par hypothèse insolvable) pour contre-interroger les auteurs des

dealing with adjournments, and the cost and disruption of litigation. All of this is to be done at the very time the Board is attempting to assist in putting together an arrangement with creditors that would render such litigation superfluous.

affidavits, préparer des affidavits pour faire opposition et s'occuper des ajournements, sans parler des dépenses et des perturbations suscitées par un procès. Et tout cela doit être fait au moment même où le bureau tente d'aider l'agriculteur à conclure avec les créanciers un arrangement qui rendrait ce procès inutile.

29

A leave application under s. 8 of *The Family Farm Protection Act* is so intimately connected with the proceedings listed in s. 23 that, giving the section a purposive interpretation, the leave application itself is also prohibited during the currency of a s. 23 stay. I should add, parenthetically, that in my view even a literal reading of the text of s. 23, isolated from the larger context, does not necessarily support MACC's position. Great stress is placed by MACC on the words "for the recovery", etc., but the ordinary meaning of the word "for" includes "[w]ith a view to; with the object or purpose of: as preparatory to. . . [c]onducive to" (*The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. 6, at pp. 23-24). The word "pour" used in the French text has a similarly elastic meaning, including "[e]n ce qui concerne", "marquant la destination figurée . . ., le but, l'intention", and "[e]n vue de" (*Le Grand Robert de la langue française* (2nd ed. 1986), vol. 7, at p. 659). The leave application is clearly "preparatory to . . . [c]onducive to" the ultimate dispossession of the farmer from his or her land. When this language is then placed in the context of the federal scheme, the conclusion is inescapable that a leave application comes within the prohibition of "any proceedings or any action, execution or other proceedings, judicial or extra-judicial, for the recovery of a debt, the realization of any security or the taking of any property out of the possession of the farmer".

La demande d'autorisation prévue à l'art. 8 de la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* est si étroitement liée aux poursuites énumérées à l'art. 23 que, si l'on donne à l'article une interprétation fondée sur l'objet, elle est également interdite pendant la durée de la suspension visée à l'art. 23. Je devrais ajouter, incidemment, qu'à mon avis même une interprétation littérale du libellé de l'art. 23, isolée de son contexte plus large, n'étaye pas nécessairement le point de vue de la SCAM. La SCAM met beaucoup l'accent sur les termes «pour le recouvrement» (*for the recovery*), etc. Cependant, selon son sens ordinaire, le mot «for» signifie notamment «[w]ith a view to; with the object or purpose of: as preparatory to [...] [c]onducive to» (*The Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989), vol. 6, aux pp. 23 et 24). Le mot «pour» a un sens aussi étendu et marque «la destination figurée [...], le but, l'intention»; il signifie notamment «[e]n ce qui concerne», «[e]n vue de» (*Le Grand Robert de la langue française* (2<sup>e</sup> éd. 1986), t. 7, à la p. 659). La demande d'autorisation est manifestement faite «[e]n vue de» déposséder définitivement l'agriculteur de sa terre. Dans le contexte du régime fédéral, l'emploi de ces mots conduit à conclure que la demande d'autorisation est visée par l'interdiction frappant les «poursuites ou autre action, voie d'exécution ou procédure, judiciaire ou extra-judiciaire, pour le recouvrement d'une dette, le dégagement d'une valeur ou la prise de possession d'un bien détenu par l'agriculteur».

30

This conclusion is, I think, consistent with what was said by Beetz J. in connection with a comparable stay provision in the *Bankruptcy Act* in *Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1985] 2 S.C.R. 417, at p. 426:

À mon avis, cette conclusion rejoint les propos tenus par le juge Beetz relativement à une disposition de suspension comparable de la *Loi sur la faillite* dans l'arrêt *Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 417, à la p. 426:

The *Bankruptcy Act* governs bankruptcy in all its aspects. It is therefore understandable that the legislator wished to suspend all proceedings, administrative or judicial, so that all the objectives of the Act could be attained.

A period of "suspension" is similarly contemplated under the federal *Farm Debt Review Act*.

The foregoing analysis is consistent not only with the view of Clearwater J. in the present case but also with that of Barkman J. in *Farm Credit Corp. v. Lebrun*, Man. Q.B., File No. 497-88, March 6, 1990 (unreported), where he considered whether s. 23 stayed a leave application and concluded, as did Clearwater J., that it did:

Although this [leave] application is preliminary application . . . it is of necessity by statute the proceedings to commence or continue the rights under the securities held by The Farm Credit Corporation, and, in that regard, it is, in my opinion, a proceeding that is covered by Section 23 because it is a necessary prerequisite to be authorized to commence or continue any proceeding. I'm of the opinion that the stay affects not only the actual commencement or continuation of the foreclosure proceedings, but also refers to any preliminary proceedings from which authority is granted or obtained from the Court to commence or continue the foreclosure proceeding.

#### *Other Actions by Creditors*

It is worth noting that courts have considered the taking of other collection activity by creditors during the currency of a s. 23 stay and have generally pronounced them invalid.

In *Davies v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1987] B.C.J. No. 632 (QL) (S.C.), Provenzano L.J.S.C. concluded that an examination of the farmer in aid of execution falls within the scope of a s. 23 stay:

The Shorter Oxford English Dictionary — 3rd Edition at p. 1677 defines "proceedings" as a legal action or process, any act done by authority of a Court of Law or any step taken in a cause by either party. I would, there-

La *Loi sur la faillite* régit la faillite sous tous ses aspects. Il est donc normal que le législateur ait voulu suspendre tous les recours, les administratifs comme les judiciaires, afin d'assurer la réalisation de tous les objectifs de la loi.

La *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* fédérale prévoit une période de «suspension» analogue.

L'analyse qui précède est conforme non seulement au point de vue du juge Clearwater dans la présente affaire, mais également à celui du juge Barkman dans la décision *Farm Credit Corp. c. Lebrun*, B.R. Man., n° du greffe 497-88, 6 mars 1990 (inédicté), dans laquelle ce dernier, se demandant si l'art. 23 suspendait une demande d'autorisation, a conclu, comme l'a fait le juge Clearwater, par l'affirmative:

[TRADUCTION] Bien que cette demande [d'autorisation] soit une demande préliminaire [. . .] il s'agit nécessairement, selon la loi, de la poursuite intentée ou continuée pour faire valoir les droits garantis par les sûretés détenues par la Société du crédit agricole, et à cet égard, il s'agit, à mon avis, d'une procédure visée à l'art. 23 parce qu'il faut obtenir une autorisation avant de pouvoir intenter ou continuer une poursuite. Je suis d'avis que la suspension vise non seulement le fait d'intenter ou de continuer une action en forclusion, mais également toute procédure préliminaire pour laquelle une autorisation judiciaire est accordée ou obtenue en vue d'intenter ou de continuer une action en forclusion.

#### *Autres mesures prises par les créanciers*

Il convient de mentionner que les tribunaux ont examiné d'autres mesures de recouvrement prises par des créanciers pendant la durée de la suspension prévue à l'art. 23 et ils les ont généralement déclarées invalides.

Dans *Davies c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1987] B.C.J. No. 632 (QL) (C.S.), le juge Provenzano a conclu que l'interrogatoire préalable à la saisie-exécution d'un agriculteur était visé par la suspension prévue à l'art. 23:

[TRADUCTION] Le *Shorter Oxford English Dictionary* — 3<sup>e</sup> édition, à la p. 1677, définit le mot «*proceedings*» (poursuite) comme une action en justice ou une procédure judiciaire, tout acte accompli sous l'autorité d'un

31

32

33

fore, interpret the words “other proceedings” to include any step, action or process taken relative to or for the purpose of execution of a judgment. Accordingly, an examination in aid of execution fits into these meanings. It is a step in the execution of the judgment and therefore is caught by the prohibition in the Section. The intent of the Section is, in my view, to prohibit not only the final act of execution but also all the steps and processes to achieve that result. [Emphasis added.]

See also *Nelson’s Lazy H Ranches (1984) Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1992] 3 W.W.R. 574 (Alta. C.A.), where an order confirming a sale and vesting order made during the currency of a s. 23 stay was found to be null and void as being contrary to that section of the *Farm Debt Review Act*, per Foisy J.A., at p. 576.

tribunal ou toute mesure prise dans une affaire par l’une des parties. Par conséquent, selon moi, les mots «autre [...] procédure» renvoient à toute mesure, action ou procédure prise relativement à l’exécution d’un jugement ou à cette fin. Ainsi, l’interrogatoire préalable à la saisie-exécution est visé. Il s’agit d’une mesure prise dans le cadre de l’exécution du jugement et, en conséquence, il tombe sous le coup de l’interdiction prévue par l’article. Le but de l’article est, à mon avis, d’interdire non seulement l’acte d’exécution final, mais également toutes les mesures et les procédures permettant de parvenir à ce résultat. [Je souligne.]

Voir également *Nelson’s Lazy H Ranches (1984) Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1992] 3 W.W.R. 574 (C.A. Alb.), dans lequel une ordonnance confirmant une ordonnance de vente et de dévolution rendue pendant la durée d’une suspension prévue par l’art. 23 a été jugée nulle parce qu’elle contrevenait à cet article de la *Loi sur l’examen de l’endettement agricole*, le juge Foisy, à la p. 576.

34

MACC attempts to uphold its litigious steps by reference to cases that deal with other types of steps that are not litigious at all. In particular it cites the decision of O’Connor J. in *Farm Credit Corp. v. Wade* (1994), 28 C.B.R. (3d) 203 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), where a farmer complained about service of notices under s. 22 of the *Farm Debt Review Act* and s. 244(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* advising him of his creditor’s intention to realize on its security. These notices were served notwithstanding the existence of a s. 23 stay, and the farmer argued they were nullities. Therefore, he argued, any subsequent action was also a nullity because it had been commenced without the proper giving of the statutory notices. O’Connor J. rejected this argument, finding at p. 207 that giving notice “is merely advisory and passive in nature requiring no responding action by the recipient that would significantly enhance the position of the plaintiff if not taken”. Even if O’Connor J. is correct in the distinction he draws at p. 207 between steps that require active as distinguished from passive responses, a point on which we heard no argument, a leave application does require “responding action by the recipient” and would “significantly enhance the position of

La SCAM tente de faire confirmer les mesures faisant l’objet du litige en faisant référence à des affaires qui portent sur d’autres types de mesures qui ne se rapportent pas du tout à un litige. Elle cite notamment la décision du juge O’Connor dans *Farm Credit Corp. c. Wade* (1994), 28 C.B.R. (3d) 203 (C. Ont. (Div. gén.)), dans laquelle un agriculteur se plaignait des préavis qui lui avaient été signifiés en application de l’art. 22 de la *Loi sur l’examen de l’endettement agricole* et du par. 244(1) de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* pour l’informer de l’intention de son créancier de réaliser sa sûreté. Ces préavis avaient été signifiés malgré l’existence d’une suspension prononcée en vertu de l’art. 23, et l’agriculteur a soutenu qu’ils étaient nuls. Par conséquent, il a prétendu que toute action subséquente était également nulle parce qu’elle avait été intentée sans que les préavis prévus par la loi aient été dûment donnés. Le juge O’Connor a rejeté cet argument, concluant, à la p. 207, qu’un préavis [TRADUCTION] «est, de par sa nature, simplement notifiatif et passif et il n’exige pas que le destinataire y réponde, sous peine de voir la position du demandeur grandement améliorée». Même si le juge O’Connor a raison, à la p. 207, d’établir une distinction entre les mesures

the plaintiff” unless successfully opposed. *Farm Credit Corp. v. Wade* is therefore of no assistance.

As a practical matter, this “purposive” interpretation of s. 23 should not unduly prejudice dissatisfied creditors who, for example, can make known their view to the Board that the initial 30-day stay ought not to be extended. Collection activity taken in ignorance of the federal stay may be reinstated immediately after the stay expires if no arrangement is made. The problem here arises not because of the stay, as such, but because MACC refused to return to the court for leave once the stay had expired, as Clearwater J. pointed out.

### *The Manitoba Legislation*

There are significant differences between the federal scheme and the provincial scheme. The stay imposed by the former is absolute. The latter does not impose a stay at all. It simply imposes the condition precedent of leave to commence or continue “any action or proceeding” to realize upon or enforce various procedures “whereby a farmer could be deprived of the ownership or the possession of farmland”. The former creates a standstill of no more than 120 days. The latter has no such limitation as to time.

The Manitoba Court of Appeal concluded that a leave application could not be a “proceeding” within the meaning of s. 8 of the provincial Act because otherwise MACC would require prior leave in order to bring a leave application, which means creditors would be effectively stymied.

selon qu’elles exigent une réponse active ou une réponse passive, un point sur lequel aucun argument ne nous a été présenté, il reste qu’une demande d’autorisation exige bel et bien «que le destinataire y réponde» et que «la position du demandeur [sera] grandement améliorée» si l’on ne s’y oppose pas avec succès. *Farm Credit Corp. c. Wade* n’est par conséquent d’aucun secours.

En pratique, cette interprétation de l’art. 23 «fondée sur l’objet» ne devrait pas porter indûment préjudice aux créanciers mécontents qui peuvent, par exemple, faire savoir au bureau qu’ils estiment que la période de suspension initiale de 30 jours ne devrait pas être prolongée. La mesure de recouvrement que l’on a prise sans savoir qu’il existe une suspension fédérale peut être prise de nouveau immédiatement après l’expiration de la période de suspension si aucun arrangement n’a été conclu. Le problème en l’espèce découle non pas de la suspension, en tant que telle, mais du fait que la SCAM a refusé de revenir devant le tribunal pour demander une autorisation après l’expiration de la période de suspension, comme le juge Clearwater l’a souligné.

### *La loi manitobaine*

Il existe des différences importantes entre le régime fédéral et le régime provincial. Le premier impose une suspension absolue alors que le second n’en prévoit aucune. Ce dernier dispose simplement qu’il faut obtenir une autorisation préalable pour introduire ou poursuivre «une action ou une instance» dont les conclusions visent différentes opérations «aux termes [desquelles] l’exploitant agricole peut être déchu de son droit de propriété ou de possession à l’égard des terres agricoles». Le premier prescrit un temps d’arrêt d’une durée maximale de 120 jours, tandis que le second ne comporte pas de limite de temps.

La Cour d’appel du Manitoba a conclu qu’une demande d’autorisation ne pouvait pas être une «instance» au sens de l’art. 8 de la loi provinciale parce qu’autrement la SCAM aurait besoin d’une autorisation pour présenter une demande d’autorisation, ce qui signifie que les créanciers seraient

35

36

37

They held at p. 176 (quoting from MACC's written submission):

... one could not bring an application for leave, if it were the commencement of a proceeding, because one could not have the required leave to bring that application.

38

With respect, the issue is not the meaning of the word "proceeding" in s. 8 of the provincial Act. The appellants' case rests not on s. 8 of the *provincial* Act but on s. 23 of the *federal* Act. The issue is the proper interpretation of "proceeding" in the federal Act, and in that context there is no absurdity in requiring a suspension of collection activities for up to four increments of 30 days. This is particularly so when one remembers the guardianship arrangement to prevent any dissipation of the farmer's assets during the currency of the stay. (The scope of the word "proceeding" under the provincial Act is not material to the outcome of this case, although the juxtaposition of the concepts of "leave" and "proceeding" in that Act does, as the Manitoba Court of Appeal suggests, necessitate reading down the ordinary meaning of the word "proceeding" to exclude leave applications themselves from the s. 8 leave requirement.) The question here is not whether leave is itself a "proceeding" under s. 8 of the provincial Act, but whether any such action can be taken against the farmer in the face of a stay issued under s. 23 of the federal Act. For reasons already given, my view is that the federal stay prohibits the leave application.

### *The Constitutional Issue*

39

The constitutional objection to the order of January 17, 1994, and to the decision in this case of the Manitoba Court of Appeal, can be briefly stated. The order of January 17, 1994, issued pursuant to the provincial statute, purported to authorize MACC to commence mortgage foreclosure proceedings, apply to the district registrar for an

réellement dans une impasse. Reprenant le mémoire de la SCAM, la cour a statué, à la p. 176:

[TRADUCTION] . . . l'on ne pourrait présenter de demande d'autorisation, s'il s'agissait de l'introduction d'une instance, parce qu'on ne pourrait obtenir l'autorisation nécessaire pour présenter cette demande.

Avec égards, le litige ne porte pas sur le sens du mot «instance» à l'art. 8 de la loi provinciale. L'argumentation des appelants ne repose pas sur l'art. 8 de la loi *provinciale*, mais sur l'art. 23 de la loi *fédérale*. Le litige concerne l'interprétation appropriée du mot «poursuites» dans la loi fédérale, et dans ce contexte il n'est pas absurde d'exiger la suspension des mesures de recouvrement jusqu'à l'expiration de quatre périodes de 30 jours chacune, en particulier si l'on tient compte des dispositions qui prévoient la nomination d'un gardien pour prévenir toute dissipation de l'actif de l'agriculteur pendant la durée de la suspension. (La portée du mot «instance» dans la loi provinciale n'est pas pertinente relativement à l'issue de la présente affaire, bien que la juxtaposition des concepts d'«autorisation» et d'«instance» dans cette loi nécessite, comme la Cour d'appel du Manitoba l'a laissé entendre, une interprétation restrictive du sens ordinaire du mot «instance» pour exclure les demandes d'autorisation elles-mêmes de l'application de l'art. 8 qui exige l'obtention d'une autorisation.) La question en l'espèce n'est pas de savoir si l'autorisation est elle-même une «instance» au sens de l'art. 8 de la loi provinciale, mais si une telle mesure peut être prise contre l'agriculteur malgré la suspension ordonnée en application de l'art. 23 de la loi fédérale. Pour les raisons que j'ai déjà exposées, je suis d'avis que la suspension prévue par la loi fédérale fait obstacle à la demande d'autorisation.

### *La question constitutionnelle*

Les arguments constitutionnels avancés pour contester l'ordonnance du 17 janvier 1994 et la décision de la Cour d'appel du Manitoba dans la présente affaire, peuvent être exposés brièvement. L'ordonnance du 17 janvier 1994, rendue conformément à la loi provinciale, visait à autoriser la SCAM à intenter une action en forclusion hypothé-

order of sale and an order of foreclosure and apply for an order of possession of the farmland at issue. The order purported to be effective January 17, 1994. Under the terms of this order, MACC was authorized to move forthwith against the appellants' land and to realize on the appellants' debt. An order had been made under a provincial statute that purported to authorize the very litigation that the stay issued pursuant to s. 23 of the federal statute purported to prohibit. In short, there is an operational incompatibility in the orders issuing under the two statutes.

It was suggested on behalf of the respondent MACC that the "incompatibility" did not arise in fact in this case because MACC did not act on the grant of leave until after expiry of the federal stay. The leave order was permissive, not mandatory. By keeping the leave order "in its back pocket", MACC suggests, it satisfied both federal and provincial requirements. The argument advocates a "wait and see" approach. The January 17, 1994 order may or may not be constitutionally valid, according to this view, depending on what MACC chose to do with it. Dickson J. discussed the nature of a legislative conflict requiring the application of the paramountcy doctrine in the following terms in *Multiple Access Ltd.*, *supra*, at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reason to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

My view is that the validity of the leave order has to be determined as of the date it was made and cannot depend on MACC's subsequent conduct. The order of Clearwater J. dated January 17, 1994, granted pursuant to a provincial statute, purports to give leave to commence immediately

caire, à présenter au registraire de district une demande en vue d'obtenir une ordonnance de vente et une ordonnance de forclusion ainsi qu'une demande en vue d'obtenir une ordonnance de prise de possession des terres agricoles en litige. L'ordonnance était supposée prendre effet le 17 janvier 1994. Aux termes de cette ordonnance, la SCAM était autorisée à faire immédiatement valoir ses droits sur la terre des appelants et à recouvrer sa créance. Une ordonnance avait été rendue en vertu d'une loi provinciale qui visait à autoriser le litige même que la suspension ordonnée conformément à l'art. 23 de la loi fédérale visait à interdire. En résumé, il y a une incompatibilité opérationnelle entre les ordonnances rendues en vertu des deux lois.

L'on a avancé au nom de la SCAM intimée que, dans la présente affaire, la question de «l'incompatibilité» ne se posait pas en réalité parce que la SCAM n'avait agi aux termes de l'autorisation obtenue qu'après l'expiration de la période de suspension prévue par la loi fédérale. L'ordonnance d'autorisation était facultative et non obligatoire. En gardant en «réserve» l'ordonnance d'autorisation, la SCAM soutient qu'elle remplissait à la fois les exigences fédérales et les exigences provinciales. Elle plaide en faveur de la temporisation. L'ordonnance du 17 janvier 1994 pouvait être constitutionnelle ou inconstitutionnelle, selon ce point de vue, tout dépendait de ce que la SCAM en faisait. Le juge Dickson a analysé la nature d'un conflit de lois exigeant l'application de la théorie de la prépondérance de la façon suivante dans l'arrêt *Multiple Access Ltd.*, précité, à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

Je suis d'avis que la validité de l'ordonnance d'autorisation doit être déterminée à la date à laquelle elle a été rendue et qu'elle ne peut dépendre de la conduite subséquente de la SCAM. L'ordonnance du 17 janvier 1994, rendue conformément à une loi provinciale par le juge

or continue without delay the sale, foreclosure and possession proceedings. On the other hand, the stay granted under the federal statute on January 4, 1994, prohibited the commencement or continuation of exactly these types of proceedings. The legal system cannot simultaneously provide that MACC is entitled to commence mortgage foreclosure proceedings (under provincial law) and that MACC is prohibited from commencing mortgage foreclosure proceedings (under federal law). See *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, per La Forest J., at pp. 152-53. In *Crown Grain Co. v. Day*, [1908] A.C. 504, the Privy Council was called upon to consider a comparable issue, namely an alleged operational incompatibility between the federal *Supreme Court Act*, R.S.C. 1906, c. 139, and a provincial *Mechanics' and Wage Earners' Lien Act*, R.S.M. 1902, c. 110. The federal statute provided that an appeal lay to the Supreme Court of Canada "from any final judgment of the highest court of final resort now or hereafter established in any province of Canada". The provincial statute, on the other hand, purported to make the judgment of the Manitoba Court of Appeal "final and conclusive" in cases relating to liens. The Privy Council found that the two statutes were in conflict and therefore, through the application of the paramouncy doctrine, that the federal statute must prevail to the extent of the inconsistency. While the reasoning of Lord Robertson in that case is somewhat succinct, it has been helpfully (and I believe correctly) rationalized by Professor P. W. Hogg in *Constitutional Law of Canada* (4th ed. 1997), as follows, at pp. 428-29:

... on a superficial analysis, the dual compliance test is not satisfied: the two laws imposed no duties on the parties to litigation, and both laws could be complied with by the losing litigant in a mechanics lien case not taking an appeal to the Supreme Court. But if the laws are recast as directives to a court that has to determine whether or not an appeal to the Supreme Court is available, the contradiction emerges. A court cannot decide that there is a right of appeal (as directed by federal law)

Clearwater, vise à accorder l'autorisation d'introduire immédiatement ou de poursuivre sans délai une action en vue d'obtenir la vente, la forclusion et la prise de possession. En revanche, la suspension accordée en vertu de la loi fédérale le 4 janvier 1994 interdisait précisément d'intenter ou de continuer ce genre de poursuites. Le système juridique ne peut pas prévoir à la fois que la SCAM a le droit d'intenter une action en forclusion hypothécaire (sous le régime de la loi provinciale) et qu'il lui est interdit d'intenter une action en forclusion hypothécaire (sous le régime de la loi fédérale). Voir l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, le juge La Forest, aux pp. 152 et 153. Dans *Crown Grain Co. c. Day*, [1908] A.C. 504, le Conseil privé devait examiner une question comparable, savoir une prétendue incompatibilité opérationnelle entre la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1906, ch. 139, et une loi provinciale, la *Mechanics' and Wage Earners' Lien Act*, R.S.M. 1902, ch. 110. La loi fédérale prévoyait qu'un pourvoi pouvait être formé devant la Cour suprême du Canada «de tout jugement définitif de la plus haute cour de dernier ressort actuellement établie ou qui le peut être plus tard dans toute province du Canada». Par contre, la loi provinciale visait à rendre le jugement de la Cour d'appel du Manitoba [TRADUCTION] «définitif et péremptoire» dans les affaires relatives à des privilèges. Le Conseil privé a conclu que les deux lois étaient en conflit et, donc, par l'application de la théorie de la prépondérance, que la loi fédérale devait l'emporter sur les dispositions incompatibles de la loi provinciale. Bien que le raisonnement de lord Robertson dans cette affaire soit assez succinct, il a été utilement (et je crois correctement) résumé par le professeur P. W. Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (4<sup>e</sup> éd. 1997), de la façon suivante, aux pp. 428 et 429:

[TRADUCTION] ... selon une analyse superficielle, le critère de l'impossibilité de se conformer aux deux lois n'est pas respecté: les deux lois n'imposaient pas de devoir aux parties en litige, et les deux lois pouvaient être observées si la partie qui succombait dans une affaire en matière de privilège du constructeur ne formait pas d'appel devant la Cour suprême. Toutefois, si les lois sont remaniées pour constituer des directives destinées à un tribunal qui doit déterminer s'il est possi-

and that there is not a right of appeal (as directed by provincial law). For the court, there is an impossibility of dual compliance and therefore an express contradiction.

See also E. Colvin, “Legal Theory and the Paramountcy Rule” (1979), 25 *McGill L.J.* 82, and Comment on *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon* (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347.

In summary, we have here an “express contradiction” within the extended meaning of the relevant jurisprudence. The doctrine of federal paramountcy is triggered. The order of January 17, 1994, issued pursuant to an inoperative provincial authority, was invalid.

#### *Effect of Invalidating the January 17, 1994 Order*

MACC contends that even if the order granting leave dated January 17, 1994 is invalid, the invalidity is in the nature of an irregularity rather than a nullity, and can therefore be relieved against by the court. MACC points out that: (1) the Desrochers did not lose their farm while the stay was in effect; (2) the Desrochers delayed for three years in moving against the grant of leave, without explanation; and (3) the respondent should not have to “retrace all steps in the proceedings” given the sorry financial history of this mortgage. Moreover, MACC argues, a finding that subsequent orders made pursuant to a faulty leave application are nullities would create “a shield behind which an unscrupulous farmer would hide”. In this connection, MACC relies on *Calvert v. Salmon* (1994), 17 O.R. (3d) 455 (C.A.), which held that failure to give notice under s. 22 of the federal *Farm Debt Review Act* to a farmer debtor who was already aware of his or her rights did not invalidate subsequent foreclosure proceedings. I think MACC’s argument on this point must also be rejected.

ble d’interjeter appel devant la Cour suprême, la contradiction ressort. Un tribunal ne peut pas décider à la fois qu’il existe un droit d’appel (comme le prévoit la loi fédérale) et qu’il n’existe pas de droit d’appel (comme le prévoit la loi provinciale). Le tribunal ne peut pas se conformer aux deux textes de loi et, en conséquence, il y a contradiction expresse.

Voir également E. Colvin, «Legal Theory and the Paramountcy Rule» (1979), 25 *McGill L.J.* 82; Comment on *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon* (1983), 17 *U.B.C. L. Rev.* 347.

En résumé, nous avons ici une «contradiction expresse» au sens large où l’entend la jurisprudence pertinente. La théorie de la prépondérance fédérale entre en jeu. L’ordonnance du 17 janvier 1994, fondée sur une disposition provinciale inopérante, était invalide.

#### *Effet de l’invalidation de l’ordonnance du 17 janvier 1994*

La SCAM soutient que même si l’ordonnance accordant l’autorisation en date du 17 janvier 1994 est invalide, l’invalidité a davantage le caractère d’une irrégularité que d’une nullité et peut donc être corrigée par le tribunal. La SCAM fait remarquer que: 1) les Desrochers n’ont pas perdu leur ferme pendant la durée de la suspension; 2) les Desrochers ont attendu trois ans pour s’opposer à l’octroi de l’autorisation, sans explication; et 3) l’intimée ne devrait pas avoir à [TRADUCTION] «revenir sur toutes les étapes des poursuites» compte tenu du dossier financier déplorable de cette hypothèque. De plus, selon la SCAM, conclure que les ordonnances subséquentes rendues sur le fondement d’une demande d’autorisation entachée d’un vice sont nulles, ce serait créer [TRADUCTION] «un bouclier derrière lequel l’agriculteur sans scrupules se cacherait». À ce sujet, la SCAM invoque *Calvert c. Salmon* (1994), 17 O.R. (3d) 455 (C.A.) où il a été décidé que le défaut de donner le préavis prévu à l’art. 22 de la *Loi sur l’examen de l’endettement agricole* fédérale à un agriculteur débiteur qui était déjà au courant de ses droits n’a pas invalidé l’action en foreclosure subséquent. Je pense qu’il faut également rejeter l’argumentation de la SCAM sur ce point.

42

43

44

The distinction is well established between legislative provisions that are mandatory (in the sense that non-compliance results in invalidity) and directory (where non-compliance may in certain circumstances be relieved against): *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 737. In determining whether a statutory directive is mandatory or directory, this Court must be guided by the object of the statute and the effects of ruling one way or the other: *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*; *An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at pp. 123-24. Indeed, these are the most important considerations: *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, *per* McLachlin J., at para. 42.

45

In the case of the provincial *Family Farm Protection Act*, however, the Manitoba legislature has left no doubt about the consequences of failure to comply with its leave requirement. Section 8(4) provides that:

**8 (4)** Any action or proceeding which is commenced or continued after the coming into force of this Act without first obtaining leave of the court as required by this Part is a nullity.

46

The Court has no authority to breathe life into a leave order issued pursuant to a jurisdiction under a provincial statute which the doctrine of federal paramountcy had rendered inoperative. The January 17, 1994 leave order was made in excess of any constitutionally effective jurisdiction. Section 8 of the provincial Act (which is where the requirement of leave is imposed) is not satisfied by an *ultra vires* order. I should add that under the new federal *Farm Debt Mediation Act*, S.C. 1997, c. 21, in force April 1, 1998 (SI/98-52), which replaced the *Farm Debt Review Act* at issue in this case, s. 22(1) declares that "any act" done by a

La distinction est bien établie entre les dispositions législatives qui sont impératives (celles dont le non-respect entraîne l'invalidité) et celles qui sont directives (au non-respect desquelles il est possible de remédier dans certaines circonstances): *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 737. Pour déterminer si une disposition législative est impérative ou directive, notre Cour doit tenir compte de l'objet de la loi et des effets qu'entraînera son interprétation: *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*; *Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41, aux pp. 123 et 124. En fait, il s'agit des considérations les plus importantes: *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, le juge McLachlin, au par. 42.

Toutefois, en ce qui concerne la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales* provinciale, le législateur manitobain ne laisse subsister aucun doute quant aux conséquences du défaut de se conformer à l'exigence d'une autorisation. Le paragraphe 8(4) dispose:

**8 (4)** Sont nulles les actions et instances introduites ou poursuivies, après l'entrée en vigueur de la présente loi, sans l'autorisation préalable du tribunal exigée aux termes de la présente partie.

Notre Cour n'a pas le pouvoir de redonner vie à une ordonnance d'autorisation prononcée conformément à un pouvoir conféré par une loi provinciale que la théorie de la prépondérance fédérale a rendue inopérante. L'ordonnance d'autorisation du 17 janvier 1994 a été rendue en l'absence de tout pouvoir valide sur le plan constitutionnel. Une ordonnance *ultra vires* ne satisfait pas aux exigences de l'art. 8 de la loi provinciale (qui demande une autorisation). J'ajoute que la nouvelle loi fédérale, la *Loi sur la médiation en matière d'endettement agricole*, L.C. 1997, ch. 21, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1998 (SI/98-52) et a remplacé la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole* qui nous occupe en l'espèce, dispose au par. 22(1) que «tout acte» fait par un créancier en contravention avec une période de

creditor in contravention of a stay is null and void. “[A]ny act” would include a leave application.

The *Calvert* decision does not support MACC’s position. The Ontario Court of Appeal in *Calvert*, *supra*, took the view that a debtor who is already aware of his or her right to make application for relief under the *Farm Debt Review Act* cannot successfully complain about failure to receive formal notice from his or her creditor of what the debtor already knew. The decision is quite consistent with characterising the notice requirement as mandatory. In *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, Sopinka J. referred at para. 54 to the possibility of a “*de facto* notice which is the equivalent of a written notice” in the context of a mandatory requirement. In any event, the *Calvert* case had under review s. 22 of the federal Act, not (as here) a provision of the provincial Act which declares the legal result of failure to comply with the leave requirement to be a nullity.

### Conclusion

MACC showed impressive *sang-froid* in pressing on with this litigation after the appellants in March 1994 made clear their legal position on the January 17, 1994 leave order. In the end, however, the appellants’ legal position has been upheld and despite having paid nothing on the mortgage since 1989, they are entitled to remain on the farm unless and until MACC obtains a valid court order to the contrary.

### Disposition

For the foregoing reasons, the appeal is allowed, the order of the Manitoba Court of Appeal is set aside, and the order of Clearwater J., dated March 20, 1997 is restored. The appellants are awarded their costs against the respondent at all levels on a party and party basis.

*Appeal allowed with costs.*

suspension est nul. Les mots «tout acte» viseraient la demande d’autorisation.

L’arrêt *Calvert* n’étaye pas le point de vue de la SCAM. La Cour d’appel de l’Ontario dans *Calvert*, précité, a jugé qu’un débiteur qui sait déjà qu’il a le droit de présenter une demande de redressement en vertu de la *Loi sur l’examen de l’endettement agricole* ne peut pas se plaindre avec succès de ne pas avoir reçu un avis officiel de son créancier pour l’informer de ce qu’il savait déjà. La décision est tout à fait compatible avec le fait de qualifier d’obligatoire l’exigence d’un avis. Dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, le juge Sopinka mentionne, au par. 54, la possibilité d’«un avis *de facto* qui équivaut à un avis par écrit» dans le contexte d’une exigence obligatoire. Quoi qu’il en soit, l’affaire *Calvert* portait sur l’art. 22 de la loi fédérale, et non (comme ici) sur une disposition de la loi provinciale qui dit que le défaut de se conformer à l’exigence d’une autorisation entraîne la nullité.

### Conclusion

La SCAM a fait preuve d’un *sang-froid* impressionnant en poursuivant le présent litige après que les appelants eurent fait clairement connaître en mars 1994 leur position en droit en ce qui concerne l’ordonnance d’autorisation du 17 janvier 1994. Toutefois, en fin de compte, la position en droit des appelants a été confirmée, et bien qu’ils n’aient fait aucun versement hypothécaire depuis 1989, ils ont le droit de demeurer à la ferme jusqu’à ce que la SCAM obtienne une ordonnance judiciaire valide contraire.

### Dispositif

Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli, l’ordonnance de la Cour d’appel du Manitoba est annulée et l’ordonnance rendue par le juge Clearwater le 20 mars 1997 est rétablie. Les appelants ont droit à leurs dépens sur la base des frais entre parties dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

47

48

49

*Solicitors for the appellants: Taylor McCaffrey,  
Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: D'Arcy & Deacon,  
Winnipeg.*

*Procureurs des appelants: Taylor McCaffrey,  
Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimée: D'Arcy & Deacon,  
Winnipeg.*

**MAIL**  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

**Bik**

**Nbre**

**03159442**

**OTTAWA**

*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 6, 1999 Vol. 2**

and Tables

Cited as [1999] 2 S.C.R. { i-xli  
989-1163

**6<sup>e</sup> cahier, 1999 Vol. 2**

et Tables

Renvoi [1999] 2 R.C.S. { i-xli  
989-1163

---



Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Acting Director, Law Reports  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Associate Editor  
ODILE CALDER

Editors  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Revisors  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Office Manager  
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk  
MANON PLOUFFE

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2000.

## CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges .....	ii
Errata.....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	ix
Table of Cases Cited .....	xiii
Statutes and Regulations Cited .....	xxix
Authors Cited .....	xxxiii
Index .....	1155

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directeur intérimaire, Recueil  
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.

Rédactrice en chef  
ODILE CALDER

Arrêtiistes  
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.  
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
CHRISTIAN C.-DESPRÉS  
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques  
SUZANNE AUDET  
PETER O'DOHERTY  
WENDY SCHOENHERR-GEOFFROY

Chef de bureau  
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition  
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Commis au soutien administratif  
MANON PLOUFFE

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2000.

## SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges .....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements .....	xi
Table de la jurisprudence .....	xiii
Lois et règlements cités .....	xxxix
Doctrine citée .....	xxxiii
Index .....	1159

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Allsco Building Products Ltd. v. U.F.C.W., Local 1288P ..... 1136**

Labour law — Labour disputes — Picketing — Leafleting — Union members distributing leaflets at secondary sites during labour dispute — Union members not trespassing or blocking vehicles — Whether leafleting activities prohibited — Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 5(4), 104(2).

### **Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)..... 989**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members and encourages unfair labour practices — Whether impugned legislation infringing freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members — Whether impugned legislation infringing freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members — Whether impugned legislation infringing equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.

### **U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd..... 1083**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Union members distributing leaflets at secondary sites during labour dispute — Provincial labour relations code prohibiting picketing at secondary sites — Picketing defined broadly so as to include leafleting — Whether definition of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Allsco Building Products Ltd. c. T.U.A.C., section locale 1288P ..... 1136**

Droit du travail — Conflits de travail — Piquetage — Distribution de tracts — Distribution de tracts à des lieux secondaires par des membres d'un syndicat pendant un conflit de travail — Les membres du syndicat n'ont commis aucune intrusion ni bloqué le passage aux véhicules — Les activités de distribution de tracts sont-elles interdites? — Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 5(4), 104(2).

### **Delisle c. Canada (Sous-procureur général)..... 989**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l'application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures législatives contestées empêchent la formation d'une association d'employés indépendante pour les membres de la GRC et encouragent les pratiques déloyales de travail — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte à la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l'application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures législatives contestées empêchent la formation d'une association d'employés indépendante pour les membres de la GRC — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l'application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures législatives contestées empêchent la formation d'une association d'employés indépendante pour les membres de la GRC — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

picketing infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, c. 82, ss. 1(1), 65, 67.

Labour law — Labour disputes — Picketing — Leafleting — Union members distributing leaflets at secondary sites during labour dispute — Provincial labour relations code prohibiting picketing at secondary sites — Picketing defined broadly so as to include leafleting — Whether definition of picketing infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, c. 82, ss. 1(1), 65, 67.

## SOMMAIRE (Fin)

**T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd. 1083**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Distribution de tracts à des lieux de travail secondaires par des membres d'un syndicat pendant un conflit de travail — Piquetage aux lieux de travail secondaires interdit par le code des relations de travail de la province — Piquetage défini en termes larges, de manière à englober la distribution de tracts — La définition de piquetage porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, ch. 82, art. 1(1), 65, 67.

Droit du travail — Conflits de travail — Piquetage — Distribution de tracts — Distribution de tracts à des lieux de travail secondaires par des membres d'un syndicat pendant un conflit de travail — Piquetage aux lieux de travail secondaires interdit par le code des relations de travail de la province — Piquetage défini en termes larges, de manière à englober la distribution de tracts — La définition de piquetage porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, ch. 82, art. 1(1), 65, 67.



## 1999 Volume 2

### **Canada Supreme Court Reports**

*Published pursuant to Statute by*

ANNE ROLAND  
*Registrar of the Court*

*Acting Director, Law Reports*  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

*Associate Editor*  
Odile Calder

*Law Editors*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Sally Griffin, LL.B.

*Revisors*  
Richard Berberi  
Christian C.-Després  
Marcelle Gendron

*Manager, Editorial Services*  
Gisèle Boulay

*Technical Revisors*  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty  
Wendy Schoenherr-Geoffroy

*Office Manager*  
Suzanne Giguère

*Editorial Assistant*  
Ingrid Loyola-Nazareth

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

*Publié conformément à la Loi par*

ANNE ROLAND  
*Registraire de la Cour*

*Directeur intérimaire, Recueil*  
Claude Marquis LL.L., D.D.N.

*Rédactrice en chef*  
Odile Calder

*Arrêtistes*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Sally Griffin, LL.B.

*Réviseurs*  
Richard Berberi  
Christian C.-Després  
Marcelle Gendron

*Gestionnaire, Service de l'édition*  
Gisèle Boulay

*Réviseurs techniques*  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty  
Wendy Schoenherr-Geoffroy

*Chef de bureau*  
Suzanne Giguère

*Adjointe à l'édition*  
Ingrid Loyola-Nazareth

**JUDGES**  
**OF THE**  
**SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY McLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

On the 1st day of June 1999, the Honourable PETER DECARTERET CORY, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

**JUGES  
DE LA  
COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable PETER DECARTERET CORY, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 1<sup>er</sup> juin 1999.

## ERRATA

- [1995] 3 S.C.R. p. 778, para. 20, line 6 of the French version. Read “ses exceptions rigide-ment formulées étaient devenues” instead of “ses exceptions rigide-ment formulées était devenues”.
- [1998] 1 S.C.R. p. 29, line 6 in the Cases Cited of the English version. Read “[1997] 3 S.C.R. 213” instead of “[1997] 1 S.C.R. 213”.
- [1998] 1 S.C.R. p. 30, line 1 in the Cases Cited of the French version. Read “[1997] 3 R.C.S. 213” instead of “[1997] 1 R.C.S. 213”.
- [1998] 1 S.C.R. p. 41, para. 21, line 9 of the English version. Read “[1997] 3 S.C.R. 213” instead of “[1997] 1 S.C.R. 213”.
- [1998] 1 S.C.R. p. 41, para. 21, line 9 of the French version. Read “[1997] 3 R.C.S. 213” instead of “[1997] 1 R.C.S. 213”.
- [1999] 2 S.C.R. p. 301, para. 1, first line of the English version. Read “dissenting as to appeal” instead of “dissenting us to appeal”.
- [1999] 2 S.C.R. p. 729, heading in the French version. Read “VI. Conclusion” instead of “VII. Conclusion”.
- [1999] 2 S.C.R. p. 740, third heading in the English and French versions. Read “VI. Conclusion” instead of “VII. Conclusion”.
- [1995] 3 R.C.S. p. 778, par. 20, ligne 6 de la version française. Lire «ses exceptions rigide-ment formulées étaient devenues» au lieu de «ses exceptions rigide-ment formulées était devenues».
- [1998] 1 R.C.S. p. 29, ligne 6 dans la Jurisprudence de la version anglaise. Lire «[1997] 3 S.C.R. 213» au lieu de «[1997] 1 S.C.R. 213».
- [1998] 1 R.C.S. p. 30, ligne 1 dans la Jurisprudence de la version française. Lire «[1997] 3 R.C.S. 213» au lieu de «[1997] 1 R.C.S. 213».
- [1998] 1 R.C.S. p. 41, par. 21, ligne 9 de la version anglaise. Lire «[1997] 3 S.C.R. 213» au lieu de «[1997] 1 S.C.R. 213».
- [1998] 1 R.C.S. p. 41, par. 21, ligne 9 de la version française. Lire «[1997] 3 R.C.S. 213» au lieu de «[1997] 1 R.C.S. 213».
- [1999] 2 R.C.S. p. 301, par. 1, 1<sup>re</sup> ligne de la version anglaise. Lire «dissenting as to appeal» au lieu de «dissenting us to appeal».
- [1999] 2 R.C.S. p. 729, rubrique dans la version française. Lire «VI. Conclusion» au lieu de «VII. Conclusion».
- [1999] 2 R.C.S. p. 740, troisième rubrique des versions anglaise et française. Lire «VI. Conclusion» au lieu de «VII. Conclusion».

**MOTIONS – REQUÊTES**  
**(June 1 to August 31, 1999 — 1<sup>er</sup> juin au 31 août 1999)**

- B. (A.R.) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26918, leave to appeal refused, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada* (F.C.A.)(Que.), 27063, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Benge c. Hôpital général de Toronto* (Ont.), 27010, leave to appeal refused with costs, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bennett v. Superintendent of Brokers* (B.C.), 27031, leave to appeal refused with costs, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bhaduria v. City-TV — A Division of CHUM Television Group* (Ont.), 27100, leave to appeal refused with costs, 25.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Biron c. Arthur Andersen Inc.* (Qué.), 27251, leave to appeal refused, 25.8.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Breese v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27207, leave to appeal granted, 17.6.99, autorisation de pourvoi accordée.
- Brown v. Cole* (B.C.), 27046, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burnhamthorpe Square Inc. v. Goodyear Canada Inc.* (Ont.), 27056, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cherryhill Rehabilitation Clinic v. Salo* (Ont.), 27077, leave to appeal refused, 25.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Chisan v. 478370 Alberta Inc.* (Alta.), 26888, leave to appeal refused with costs, 25.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clearview Dairy Farm (1989) Inc. v. British Columbia Milk Marketing Board* (B.C.), 26975, notice of discontinuance filed, 24.8.99, avis de désistement produit.
- Communauté urbaine de Montréal c. Ville de Westmount* (Qué.), 26938, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Communauté urbaine de Québec c. Galeries de la Capitale Inc.* (Qué.), 26863, leave to appeal refused, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Coopérative fédérée du Québec c. Banque de commerce canadienne impériale* (Qué.), 26926, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D. (G.) c. C. (J.)* (Qué.), 27246, leave to appeal refused with costs, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dadar v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 26833, leave to appeal refused, 12.8.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Doman v. Superintendent of Brokers* (B.C.), 27026, leave to appeal refused with costs, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dryborough v. Board of School Trustees of School District No. 43 (Coquitlam)* (B.C.), 27254, notice of discontinuance filed, 10.6.99, avis de désistement produit.
- Dulude c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27105, leave to appeal refused, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Gabriel v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27161, leave to appeal granted, 17.6.99, autorisation de pourvoi accordée.

- Gassyt v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26947, leave to appeal refused, 19.8.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Gauthier & Associates v. 482511 Ontario Ltd.* (Ont.), 26844, leave to appeal refused with costs, 3.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gosselin c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27178, leave to appeal refused, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Grimmer v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 27217, leave to appeal refused, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Houle v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27161, leave to appeal granted, 17.6.99, autorisation de pourvoi accordée.
- Interport Sufferance Warehouse Ltd. v. Roadway Express (Canada) Inc.* (Ont.), 27071, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kopij v. Corporation of the Municipality of Metropolitan Toronto* (Ont.), 27074, leave to appeal refused with costs, 26.8.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- KPMG Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Ont.), 27080, leave to appeal refused with costs, 19.8.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- L. (D.) v. Director of Children and Families* (B.C.), 27276, leave to appeal refused; 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Lavigne v. Human Resources Development* (F.C.A.)(Que.), 27011, leave to appeal refused with costs, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacDonald v. ADGA Systems International Ltd.* (Ont.), 27202, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manoussakis v. The Queen* (Crim.)(Que.), 27215, leave to appeal refused, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Marchand c. Marina de la Chaudière* (Qué.), 26880, leave to appeal refused with costs, 30.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nalley's Canada Ltd. v. Deputy Minister of Revenue Canada* (F.C.A.), 27058, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Novic v. Metropolitan Toronto Civic Employees' Union, Local 43* (Ont.), 27097, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paddon Hughes Development Co. v. Pancontinental Oil Ltd.* (Alta.), 27030, leave to appeal refused with costs, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pearlman v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 27096, leave to appeal refused with costs, 25.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pearson c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27261, leave to appeal refused, 12.8.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Perez v. Governing Council of the Salvation Army in Canada* (Ont.), 27136, notice of discontinuance filed, 11.6.99, avis de désistement produit.
- Plamondon c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22477, leave to appeal refused, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée.
- R. (P.) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27206, leave to appeal refused, 17.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Caouette* (Crim.)(Qué.), 27050, leave to appeal granted, 17.6.99, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Ducharme* (Crim.)(Qué.), 27160, leave to appeal refused, 3.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Palin* (Crim.)(Qué.), 27159, leave to appeal refused, 3.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in right of the Province of British Columbia v. C.A.* (B.C.), 27065, notice of discontinuance filed, 16.8.99, avis de désistement produit.
- Robson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27062, leave to appeal refused, 25.6.99, autorisation de pourvoi refusée.
- Roopnarine-Singh v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27132, leave to appeal refused, 3.6.99, autorisation de pourvoi refusée.

- Schmalfluss v. Feldman* (Ont.), 26927, leave to appeal refused with costs, 25.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Skogan v. Winkelaar* (Alta.), 27081, leave to appeal refused with costs, 25.6.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (Ont.), 27061, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des enseignantes et enseignants de la banlieue de Québec c. Commission scolaire des navigateurs* (Qué.), 26961, leave to appeal refused with costs, 5.8.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Therrien (Conrad) c. Banque Royale du Canada* (Qué.), 27049, leave to appeal refused with costs, 5.8.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Therrien (Richard) c. Ministre de la Justice* (Qué.), 27004, leave to appeal granted subject to arguments on the jurisdiction raised by the Attorney General of Quebec, 17.6.99, autorisation de pourvoi accordée sous réserve d'une audition sur la question de la compétence soulevée par le procureur général du Québec.
- United Artists Corp. v. Pink Panther Beauty Corp.* (F.C.A.), 26689, notice of discontinuance filed, 21.6.99, avis de désistement produit.
- Westfair Foods Ltd. v. Wright* (Alta.), 27055, leave to appeal refused with costs, 8.7.99, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>C</b>	
Allsco Building Products Ltd. v. U.F.C.W., Local 1288P.....	1136	Campbell, R. v. (motion).....	956
Allsco Building Products Ltd. v. United Food Commercial Workers International Union, Local 1288P.....	1136	Canada (Deputy Attorney General), Delisle v. ...	989
Attorney General for Ontario v. M.....	3	Canada (Minister of Citizenship and Immigration), Baker v. ....	817
Attorney General see also “Canada” or the name of province		Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), Batchewana Indian Band v.....	203
		Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), Corbiere v.....	203
<b>B</b>		Children’s Foundation v. Bazley.....	534
B. (P.A.) v., Curry.....	534	Children’s Foundation v. P.A.B.....	534
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	817	Commission see also “Canada” or the name of province	
Batchewana Indian Band, Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. ....	203	Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs).....	203
Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band.....	203	Curry, B. (P.A.) v.....	534
Batchewana Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs).....	203	Curry, Bazley v. ....	534
Bazley v. Curry.....	534	<b>D</b>	
Bazley, Children’s Foundation v. ....	534	Delisle v. Canada (Deputy Attorney General).....	989
Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute).....	722	Dobson, Dobson (Litigation Guardian of) v.....	753
Bese v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.).....	722	Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson.....	753
Best v. Best.....	868	<b>F</b>	
Boys’ and Girls’ Club of Vernon, Jacobi v. ....	570	Forensic Psychiatric Institute (B.C.), Bese v. ....	722
British Columbia (Forensic Psychiatric Institute), Bese v. ....	722	Forensic Psychiatric Institute (B.C.), Orlowski v.	733
British Columbia (Forensic Psychiatric Institute), Orlowski v. ....	733	<b>G</b>	
British Columbia (Forensic Psychiatric Institute), Winko v. ....	625	G. (B.), R. v. ....	475
		G.T. v. Griffiths.....	570
		G.T.-J. v. Griffiths.....	570
		Griffiths, G.T. v. ....	570

	PAGE		PAGE
Griffiths, G.T.-J. v.....	570	<b>Q</b>	
Griffiths, Jacobi v.....	570		
Griffiths, T. (G.) v.....	570	Queen see also "R."	
<b>H</b>		<b>R</b>	
H., M. v. ....	3	R. v. Campbell (motion).....	956
Hickey v. Hickey.....	518	R. v. G. (B.).....	475
<b>J</b>		R. v. Lepage.....	744
Jacobi v. Boys' and Girls' Club of Vernon.....	570	R. v. Stone.....	290
Jacobi v. Griffiths.....	570	R. v. White.....	417
		Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island (Motion).....	956
<b>K</b>		<b>S</b>	
KMart Canada Ltd., U.F.C.W., Local 1518 v. ....	1083	Stone, R. v. ....	290
<b>L</b>		<b>T</b>	
LePage, R. v. ....	744	The Queen see also "R."	
<b>M</b>		T. (G.) v. Griffiths.....	570
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp. ....	961	<b>U</b>	
M., Attorney General for Ontario v. ....	3	U.F.C.W., Local 1288P, Allsco Building Products Ltd. v. ....	1136
M. v. H. ....	3	U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd. ....	1083
Manitoba Agricultural Credit Corp., M & D Farm Ltd. v. ....	961	United Food Commercial Workers International Union, Local 1288P, Allsco Building Prod- ucts Ltd. v. ....	1136
Minister see also "Canada" or the name of province		Union see also under abbreviated name	
<b>O</b>		<b>W</b>	
Office see also "Canada" or the name of province		White, R. v. ....	417
Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute).....	733	Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute).....	625
Orlowski v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)	733		
<b>P</b>			
P.A.B. v. Children's Foundation.....	534		



	PAGE		PAGE
G.T.-J. c. Griffiths .....	570	Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Griffiths, G.T. c. ....	570	Procureur général de l'Ontario c. M. ....	3
Griffiths, G.T.-J. c. ....	570		
Griffiths, Jacobi c. ....	570		
Griffiths, T. (G.) c. ....	570		
		<b>R</b>	
<b>H</b>		Reine voir aussi «R.»	
H., M. c. ....	3	R. c. Campbell (requête).....	956
Hickey c. Hickey.....	518	R. c. G. (B.).....	475
		R. c. Lepage .....	744
<b>J</b>		R. c. Stone .....	290
Jacobi c. Boys' and Girls' Club of Vernon .....	570	R. c. White .....	417
Jacobi c. Griffiths .....	570	Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard (requête).....	956
<b>K</b>		<b>S</b>	
KMart Canada Ltd., T.U.A.C., section locale 1518 c. ....	1083	Société du crédit agricole du Manitoba, M & D Farm Ltd. c. ....	961
		Stone, R. c. ....	290
<b>L</b>		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
La Reine voir aussi «R.»			
Lepage, R. c. ....	744	<b>T</b>	
		T. (G.) c. Griffiths.....	570
<b>M</b>		T.U.A.C., section locale 1288P, Allsco Building Products Ltd. c. ....	1136
M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba.....	961	T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.....	1083
M. c. H. ....	3		
M., Procureur général de l'Ontario c. ....	3	<b>U</b>	
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 1288P, Allsco Building Products Ltd. c. ....	1136
<b>O</b>			
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		<b>W</b>	
Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute) .....	733	White, R. c. ....	417
Orlowski c. Forensic Psychiatric Institute (B.C.)	733	Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute) .....	625
<b>P</b>			
P.A.B. c. Children's Foundation.....	534		

# TABLE OF CASES CITED

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>A</b>		
A. (C.) v. Critchley .....	(1998), 166 D.L.R. (4th) 475 .....	606
AFPC c. Canada .....	[1987] 1 R.C.S. 424 .....	1007, 1030
Alexander Machinery (Dudley) Ltd. v. Crabtree .....	[1974] I.C.R. 120 .....	847
Alger v. Alger .....	(1989), 21 R.F.L. (3d) 211 .....	923
Amalgamated Utility Workers (C.I.O.) v. Consolidated Edison Co. of New York .....	309 U.S. 261 (1940) .....	1075
Andrews v. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	125, 181, 238, 676
Andrews v. Ontario (Minister of Health) .....	(1988), 64 O.R. (2d) 258 .....	127
Anns v. Merton London Borough Council .....	[1978] A.C. 728 .....	804
Armagas Ltd. v. Mundogas SA .....	[1986] 2 All E.R. 385 .....	622
Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada .....	[1994] 3 R.C.S. 627 .....	1015
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville) .....	[1990] 3 R.C.S. 1170 .....	837
Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation .....	[1948] 1 K.B. 223 .....	853
Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée .....	[1981] 1 R.C.S. 699 .....	106
Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co. ....	[1981] 1 S.C.R. 699 .....	106
Atkins v. City of Charlotte .....	296 F.Supp. 1068 (1969) .....	1032
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada .....	[1947] A.C. 503 .....	87
Attorney General of Canada v. Lavell .....	[1974] S.C.R. 1349 .....	268
Attorney-General of Canada v. Pattison .....	(1981), 59 C.C.C. (2d) 138 .....	693
<b>B</b>		
B. (J.-P.) v. Jacob .....	(1998), 166 D.L.R. (4th) 125 .....	600
B. (K.L.) v. British Columbia .....	(1998), 51 B.C.L.R. (3d) 1 .....	607
B. (P.A.) v. Curry .....	(1997), 30 B.C.L.R. (3d) 1 .....	577
B. (W.R.) v. Plint .....	(1998), 161 D.L.R. (4th) 538 .....	608
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	[1988] 2 R.C.S. 214 .....	1109
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 214 .....	1109
Babbitt, Governor of Arizona v. United Farm Workers National Union .....	442 U.S. 289 (1979) .....	1120

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bakery Drivers Local 802 v. Wohl .....	315 U.S. 769 (1942) .....	1120
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1995] 4 R.C.S. 344.....	986
Bande indienne des Opetchesahc c. Canada.....	[1997] 2 R.C.S. 119.....	1010
Bank of Montreal v. Hall.....	[1990] 1 S.C.R. 121.....	984
Barrett v. The Ship "Arcadia" .....	(1977), 76 D.L.R. (3d) 535.....	600
Bascello v. Bascello .....	(1995), 26 O.R. (3d) 342.....	897
Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs .....	[1996] 3 S.C.R. 566.....	653
Bazley v. Curry .....	[1999] 2 S.C.R. 534.....	577, 589
Beaudoin v. Beaudoin.....	[1997] O.J. No. 5504 (QL) .....	908
Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1989] 3 C.F. 16 .....	840
Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1989] 3 F.C. 16 .....	840
Benner c. Canada (Secrétaire d'État) .....	[1997] 1 R.C.S. 358.....	184, 246, 678
Benner c. Canada (Secrétaire d'État).....	[1997] 3 R.C.S. 389.....	246
Benner v. Canada (Secretary of State).....	[1997] 1 S.C.R. 358.....	184, 246, 678
Benner v. Canada (Secretary of State).....	[1997] 3 S.C.R. 389.....	246
Bese c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute) .....	[1999] 2 R.C.S. 722... 638, 736, 742, 747, 751	
Bese v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) .....	[1999] 2 S.C.R. 722... 638, 736, 742, 747, 751	
Best v. Best .....	(1992), 41 R.F.L. (3d) 383.....	929
Big Brother/Big Sister of Metro Atlanta, Inc. v. Terrell.....	359 S.E.2d 241 (1987) .....	604
Bisaillon v. Keable.....	[1983] 2 S.C.R. 60.....	246
Black v. Solmitz.....	409 A.2d 634 (1979).....	793
Blackman v. British Columbia (Review Board).....	(1995), 95 C.C.C. (3d) 412.....	684, 711
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development) .....	[1995] 4 S.C.R. 344.....	986
Bonte v. Bonte.....	616 A.2d 464 (1992).....	762
Boothman v. Canada .....	[1993] 3 F.C. 381 .....	547, 597
Borowski c. Canada (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 342.....	45, 686, 729
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	45, 686, 729
Boudreau v. Boudreau.....	[1993] O.J. No. 1751 (QL) .....	921
Boudreau v. The King .....	[1949] S.C.R. 262.....	473
Boykin v. District of Columbia.....	484 A.2d 560 (1984).....	601
Boyle c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.).....	(1996), 179 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 43 .....	847
Boyle v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.).....	(1996), 179 N.B.R. (2d) 43.....	847
Bracklow v. Bracklow.....	[1999] 1 S.C.R. 420.....	529
Bradley Egg Farm, Ltd. v. Clifford .....	[1943] 2 All E.R. 378.....	615
Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland .....	[1963] A.C. 386.....	305, 369
British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General); An Act respecting the Vancouver Island Railway (Re).....	[1994] 2 S.C.R. 41.....	986
British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) v. Johnson.....	[1995] B.C.J. No. 2247 (QL).....	710
British Columbia Securities Commission v. Branch .....	[1995] 2 S.C.R. 3.....	437
Brooks v. Canada Safeway Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	128, 409, 800
Brouillette c. R. ....	[1992] R.J.Q. 2776 .....	311, 362
Butt v. Butt.....	(1989), 22 R.F.L. (3d) 415.....	933

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
<b>C</b>		
Calvert v. Salmon.....	(1994), 17 O.R. (3d) 455.....	985
Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada).....	(1994), 76 F.T.R. 1.....	840
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	853, 1042, 1152
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. ....	[1997] 1 R.C.S. 748.....	372, 853
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748.....	372, 853
Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada).....	(1994), 76 F.T.R. 1.....	840
Canada (Procureur général) c. Mossop.....	[1993] 1 R.C.S. 554.....	853, 1042, 1152
Canada Labour Relations Board v. City of Yellowknife.....	[1977] 2 S.C.R. 729.....	106
Canada Safeway Ltd. v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213.....	(1987), 16 C.L.R.B.R. (N.S.) 1.....	1112
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157.....	1129
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson.....	[1998] 3 S.C.R. 157.....	1007
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band.....	[1995] 1 S.C.R. 3.....	88
Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart.....	[1942] A.C. 591.....	604
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	1129
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui.....	[1995] 1 R.C.S. 3.....	88
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio- Télévision canadienne.....	[1978] 2 R.C.S. 141.....	861, 865
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission.....	[1978] 2 S.C.R. 141.....	861, 865
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent.....	[1985] 2 R.C.S. 643.....	836
Cardinal v. Director of Kent Institution.....	[1985] 2 S.C.R. 643.....	836
Chambers v. British Columbia (Attorney General).....	(1997), 116 C.C.C. (3d) 406.....	665
Chan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	(1994), 87 F.T.R. 62.....	844
Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration).....	(1994), 87 F.T.R. 62.....	844
Chinneck v. Chinneck.....	[1995] O.J. No. 2786 (QL).....	905
Christian v. Christian.....	(1991), 7 O.R. (3d) 441.....	905
Ciarochi v. Boy Scouts of America, Inc.....	Alaska Sup. Ct., Ketchikan Registry IKE-89-42 CI, August 6, 1990.....	601
City of Kamloops v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2.....	766, 804
Clarke v. Clarke.....	[1990] 2 S.C.R. 795.....	907, 940
Cole v. California Entertainment Ltd.....	[1989] B.C.J. No. 2162 (QL).....	547
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général); Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver (Re).....	[1994] 2 R.C.S. 41.....	986
Comité pour la République du Canada c. Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	1103
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie	[1978] 1 R.C.S. 369.....	849
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board.....	[1978] 1 S.C.R. 369.....	849
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada.....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	1103
Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife	[1977] 2 R.C.S. 729.....	106

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1999] 2 R.C.S. 203 .....	148, 1023
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs).....	[1999] 2 S.C.R. 203 .....	148, 1023
Crown Grain Co. v. Day .....	[1908] A.C. 504.....	984
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)	[1991] 2 R.C.S. 5 .....	1129
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	1129
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143.....	691

### D

D.C.B. v. Boulianne.....	[1996] B.C.J. No. 2183 (QL).....	607
D.H. v. British Columbia (Attorney General).....	[1994] B.C.J. No. 2011 (QL).....	665
Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	82, 1060, 1107
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	82, 1060, 1107
Daniels v. Whetstone Entertainments, Ltd.....	[1962] 2 Lloyd's Rep. 1 .....	547
Davidson v. British Columbia (Attorney-General).....	(1993), 87 C.C.C. (3d) 269.....	657, 706
Davies v. Canadian Imperial Bank of Commerce.....	[1987] B.C.J. No. 632 (QL).....	979
Dean v. District of Columbia .....	653 A.2d 307 (1995).....	127
Deane v. Deane .....	(1995), 14 R.F.L. (4th) 55.....	907
Dedman c. La Reine .....	[1985] 2 R.C.S. 2.....	442
Dedman v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 2.....	442
Delisle c. Canada (Sous-procureur général).....	[1999] 2 R.C.S. 989.....	1101
Delisle c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada .....	(1990), 39 F.T.R. 217 .....	1057
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General).....	[1999] 2 S.C.R. 989.....	1101
Delisle v. Royal Canadian Mounted Police Commissioner .....	(1990), 39 F.T.R. 217 .....	1057
Deroo v. Deroo.....	(1990), 28 R.F.L. (3d) 86.....	923
Destefano v. Grabrian .....	763 P.2d 275 (1988).....	603
Deziel v. Deziel.....	[1953] 1 D.L.R. 651 .....	761, 803
Dodd v. Cook .....	[1956] O.R. 470.....	615
Doe v. Samaritan Counseling Center .....	791 P.2d 344 (1990).....	608
Doe v. Village of St. Joseph, Inc. ....	415 S.E.2d 56 (1992) .....	605
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562.....	765
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	1129
Duval v. Seguin.....	[1972] 2 O.R. 686.....	765, 803
Dyer v. Munday .....	[1895] 1 Q.B. 742.....	547

### E

E.D.G. v. Hammer .....	[1998] B.C.J. No. 992 (QL).....	598
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant .....	[1997] 1 R.C.S. 241.....	679, 987
Eaton v. Brant County Board of Education.....	[1997] 1 S.C.R. 241.....	679, 987
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	1099
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	1099
Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council.....	485 U.S. 568 (1988).....	1119
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	128

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Egan v. Canada .....	[1995] 2 S.C.R. 513..... 120, 168, 224, 251, 330, 676	
Eisele v. Tenuta .....	404 N.E.2d 349 (1980).....	787
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 624..... 184, 274, 359, 678, 1059, 1126	
Eldridge v. British Columbia (Attorney General) .....	[1997] 3 S.C.R. 624..... 184, 274, 359, 678, 1059, 1126	
Erven c. La Reine .....	[1979] 1 R.C.S. 926.....	491
Erven v. The Queen .....	[1979] 1 S.C.R. 926.....	491

## F

Farm Credit Corp. v. Lebrun.....	Man. Q.B., File No. 497-88, March 6, 1990 ... .....	979
Farm Credit Corp. v. Wade .....	(1994), 28 C.B.R. (3d) 203.....	980
Flett v. Flett.....	(1992), 43 R.F.L. (3d) 24.....	933
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	1128
Ford v. Quebec (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	1128
Forget c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 90.....	44
Forget v. Quebec (Attorney General) .....	[1988] 2 S.C.R. 90.....	44
Forster v. Forster.....	(1987), 11 R.F.L. (3d) 121.....	923
France v. France.....	(1987), 44 Man. R. (2d) 238.....	531
Francis v. The Queen.....	[1956] S.C.R. 618.....	861
Fulcher v. State .....	633 P.2d 142 (1981).....	377

## G

G.J. v. Griffiths.....	[1995] B.C.J. No. 2370 (QL).....	550
General Electric Co. v. Joiner .....	118 S.Ct. 512 (1997).....	380
George v. George.....	(1983), 35 R.F.L. (2d) 225.....	921
Gheorlan c. Canada (Secrétaire d'État).....	(1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170.....	844
Gheorlan v. Canada (Secretary of State) .....	(1995), 26 Imm. L.R. (2d) 170.....	844
Gilmour v. Gilmour.....	[1995] 3 W.W.R. 137.....	921
Goodwin v. Commission scolaire Laureval.....	[1991] R.R.A. 673, 8 C.C.L.T. (2d) 267 .....	599
Grant v. South-West Trains Ltd.....	[1998] I.C.R. 449.....	135

## H

Haig v. Canada .....	[1993] 2 S.C.R. 995..... 1005, 1015, 1059	
Hamstra (Guardian ad litem of) v. British Columbia Rugby Union	[1997] 1 S.C.R. 1092.....	795
Harrington v. Harrington .....	(1981), 33 O.R. (2d) 150.....	526
Harrison v. Carswell .....	[1976] 2 S.C.R. 200.....	1110
Hartman by Hartman v. Hartman.....	821 S.W.2d 852 (1991).....	787
Hawkins v. The Queen .....	(1994), 72 A. Crim. R. 288.....	327
Hebert v. The Queen.....	[1955] S.C.R. 120.....	493
Heydon's Case.....	(1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637.....	178

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Hierlihy v. Hierlihy .....	(1984), 48 Nfld. & P.E.I.R. 142 .....	919
Hilderley v. Hilderley .....	(1989), 21 R.F.L. (3d) 383 .....	923
Hill v. Baxter .....	[1958] 1 Q.B. 277 .....	335, 377
Hodgkinson v. Simms .....	(1988), 33 B.C.L.R. (2d) 129 .....	311, 362
Hogan v. Hogan .....	435 N.E.2d 770 (1982) .....	787
Hughes v. Superior Court of California for Contra Costa County	339 U.S. 460 (1950) .....	1121
Huisman v. Huisman .....	(1996), 21 R.F.L. (4th) 341 .....	923
Humble v. Humble .....	805 S.W.2d 558 (1991) .....	919
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	1099
<b>I</b>		
Ibrahim v. The King .....	[1914] A.C. 599 .....	473
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire) .....	[1990] 2 R.C.S. 367 .....	1007, 1031
International Brotherhood of Teamsters, Local 695 v. Vogt, Inc. ...	354 U.S. 284 (1957) .....	1121
International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.	[1996] 2 S.C.R. 432 .....	1129
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général) .....	[1989] 1 R.C.S. 927 .....	60, 162, 1010, 1070, 1105
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General) .....	[1989] 1 S.C.R. 927 .....	60, 162, 1010, 1070, 1105
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. ....	[1990] 1 S.C.R. 282 .....	840
<b>J</b>		
Jayatilaka v. Roussel .....	(1991), 174 N.B.R. (2d) 204 .....	531
John R. v. Oakland Unified School District .....	769 P.2d 948 (1989) .....	609
Johnson v. Myers .....	277 N.E.2d 778 (1972) .....	787
<b>K</b>		
K. (W.) v. Pornbacher .....	(1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 .....	608
Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie- Britannique .....	[1980] 1 R.C.S. 1105 .....	839
Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia	[1980] 1 S.C.R. 1105 .....	839
Kay v. I.T.W. Ltd. ....	[1968] 1 Q.B. 140 .....	546
Kennedy v. Kennedy .....	(1996), 19 R.F.L. (4th) 454 .....	890
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice) .....	[1991] 2 R.C.S. 779 .....	691
Kindler v. Canada (Minister of Justice) .....	[1991] 2 S.C.R. 779 .....	691
KMart Canada Ltd. v. U.F.C.W., Local 1518 .....	(1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162 .....	1145
Knight v. Indian Head School Division No. 19 .....	[1990] 1 S.C.R. 653 .....	837
Knippshild v. Knippshild .....	(1995), 11 R.F.L. (4th) 36 .....	920

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>L</b>		
L'Hirondelle v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.).....	(1998), 106 B.C.A.C. 9 .....	695
Lakatosh v. Ross .....	(1974), 48 D.L.R. (3d) 694 .....	547
Latour v. The King .....	[1951] S.C.R. 19 .....	326
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario .....	[1991] 2 R.C.S. 211 .....	1035, 1104
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	[1991] 2 S.C.R. 211.....	1035, 1104
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497 .... 26, 92, 159, 215, 249, 674, 954, 1023	
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	[1999] 1 S.C.R. 497 .... 26, 92, 159, 215, 249, 674, 954, 1023	
Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations).....	(1993), 104 D.L.R. (4th) 214.....	128
Leary c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 29.....	325
Leary v. The Queen .....	[1978] 1 S.C.R. 29.....	325
Leeson v. Leeson.....	(1990), 26 R.F.L. (3d) 52.....	923
Libman c. Québec (Procureur général) .....	[1997] 3 R.C.S. 569.....	1099
Libman v. Quebec (Attorney General).....	[1997] 3 S.C.R. 569.....	1099
Linney c. La Reine .....	[1978] 1 R.C.S. 646.....	326
Linney v. The Queen .....	[1978] 1 S.C.R. 646.....	326
Lister v. Romford Ice & Cold Storage Co. ....	[1957] 1 All E.R. 125.....	796
Liyanagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	(1994), 176 N.R. 4 .....	833
Liyanagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(1994), 176 N.R. 4 .....	833
Lloyd v. Grace, Smith & Co. ....	[1912] A.C. 716.....	547, 602
Lockhart v. Canadian Pacific Railway Co. ....	[1941] S.C.R. 278.....	602
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd. ....	[1992] 3 S.C.R. 299 .....	545, 610
Lontine v. VanCleave.....	483 F.2d 966 (1973).....	1077
Lourim v. Swensen .....	936 P.2d 1011 (1997).....	601
Lynch v. Lynch.....	(1991), 25 N.S.W.L.R. 411 .....	762
<b>M</b>		
M. v. H. ....	[1999] 2 S.C.R. 3.....	274, 676, 1060
M'Naghten's Case.....	(1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718.....	333, 486, 645
Mächtiger v. HOJ Industries Ltd.....	[1992] 1 S.C.R. 986.....	1037
Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada.....	[1982] 2 R.C.S. 2.....	853
Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada .....	[1982] 2 S.C.R. 2.....	853
Marques c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (No. 1) .....	(1995), 116 F.T.R. 241 .....	844
Marques v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (No.1).....	(1995), 116 F.T.R. 241 .....	844
Marsham v. Marsham .....	(1987), 59 O.R. (2d) 609.....	921
Mary M. v. City of Los Angeles.....	814 P.2d 1341 (1991).....	609

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
McDonald v. Mombourquette.....	(1996), 152 N.S.R. (2d) 109 .....	581, 602
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	79, 125, 173, 1037, 1101
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	79, 125, 173, 1037, 1101
Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social).....	[1995] A.C.F. no 1024 .....	840
Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)	(1995), 98 F.T.R. 36 .....	840
Milla v. Tamayo .....	232 Cal. Rptr. 685 (1986).....	603
Miller v. Miller.....	(1987), 8 R.F.L. (3d) 113.....	907
Minister of Employment and Immigration v. Jiminez-Perez.....	[1984] 2 S.C.R. 565 .....	834
Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Jiminez-Perez .....	[1984] 2 R.C.S. 565 .....	834
Miron v. Trudel .....	[1995] 2 S.C.R. 418.....	36, 121, 189, 252
Mitchell c. La Reine .....	[1976] 2 R.C.S. 570.....	716
Mitchell v. The Queen .....	[1976] 2 S.C.R. 570.....	716
Moge v. Moge.....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	68, 113, 197, 526
Molodowich v. Penttinen .....	(1980), 17 R.F.L. (2d) 376.....	50
Monette v. The Queen .....	[1956] S.C.R. 400.....	490
Montreal Tramways Co. v. Léveillé.....	[1933] S.C.R. 456.....	761, 803
Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles).....	[1996] 1 R.C.S. 75.....	691
Mooring v. Canada (National Parole Board).....	[1996] 1 S.C.R. 75.....	691
Moravcik v. Moravcik .....	(1983), 37 R.F.L. (2d) 102.....	921
Morris v. C. W. Martin & Sons Ltd.....	[1966] 1 Q.B. 716.....	558
Motel Pierre Inc. c. Cité de Saint-Laurent.....	[1967] B.R. 239 .....	497
Motel Pierre Inc. v. Cité de Saint-Laurent .....	[1967] Que. Q.B. 239.....	497
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon.....	[1982] 2 S.C.R. 161.....	973
Munro v. Munro.....	[1995] O.J. No. 1769 (QL) .....	908

## N

Nantais v. Nantais .....	(1995), 26 O.R. (3d) 453.....	933
National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.	301 U.S. 1 (1937).....	1075
Native Women's Assn. of Canada v. Canada.....	[1994] 3 S.C.R. 627.....	1015
Nelson's Lazy H Ranches (1984) Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce.....	[1992] 3 W.W.R. 574.....	980
Newfoundland Assn. of Provincial Court Judges v. Newfoundland	(1998), 160 D.L.R. (4th) 337.....	958
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities).....	[1992] 1 R.C.S. 623.....	850
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities).....	[1992] 1 S.C.R. 623.....	850
NLRB v. Retail Store Employees Union, Local 1001 .....	447 U.S. 607 (1980).....	1120
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton.....	[1979] 1 S.C.R. 684.....	845
Norton Tool Co. v. Tewson .....	[1973] 1 W.L.R. 45 .....	847
Noto v. St. Vincent's Hospital and Medical Center of New York	537 N.Y.S.2d 446 (1988).....	605

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>O</b>		
O.K. Economy Stores v. R.W.D.S.U., Local 454 .....	(1994), 118 D.L.R. (4th) 345.....	1144
Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson.....	[1998] 3 R.C.S. 157 .....	1007
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.).....	[1997] 3 R.C.S. 925.....	171, 762, 804
Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City) .....	[1990] 3 S.C.R. 1170 .....	837
Olinski v. Johnson.....	(1997), 32 O.R. (3d) 653.....	615
Opetchesaht Indian Band v. Canada .....	[1997] 2 S.C.R. 119.....	1010
Orlowski c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 733 .....	638, 725, 730, 747, 751
Orlowski v. British Columbia (Attorney General) .....	[1994] B.C.J. No. 1626 (QL).....	737
Orlowski v. British Columbia (Attorney-General) .....	(1992), 75 C.C.C. (3d) 138.....	641, 696, 737
Orlowski v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute) .....	[1999] 2 S.C.R. 733 .....	638, 725, 730, 747, 751
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	281
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	281
<b>P</b>		
Palsgraf v. Long Island R. Co.....	162 N.E. 99 (1928).....	553
Park c. La Reine.....	[1981] 2 R.C.S. 64.....	501
Park v. The Queen .....	[1981] 2 S.C.R. 64.....	501
Parnerkar c. La Reine .....	[1974] R.C.S. 449.....	320
Parnerkar v. The Queen .....	[1974] S.C.R. 449.....	320
Patrick v. Patrick .....	(1997), 34 R.F.L. (4th) 228.....	908
Pelech v. Pelech .....	[1987] 1 S.C.R. 801.....	526
Pepper v. Hart .....	[1993] A.C. 593 .....	179
Perrier v. Perrier.....	(1987), 12 R.F.L. (3d) 266.....	905
Peter v. Beblow .....	[1993] 1 S.C.R. 980.....	169
Pettkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834.....	77, 169
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557 .....	853
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers) .....	[1994] 2 S.C.R. 557.....	853
Plains Engineering Ltd. v. Barnes Security Services Ltd. ....	(1987), 43 C.C.L.T. 129.....	556
Poland v. John Parr and Sons.....	[1927] 1 K.B. 236.....	557
Police v. Bannin .....	[1991] 2 N.Z.L.R. 237.....	327
Polston v. State.....	685 P.2d 1 (1984).....	377
Porter v. Porter.....	(1986), 1 R.F.L. (3d) 12.....	921
Procureur général du Canada c. Lavell.....	[1974] R.C.S. 1349 .....	268
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville).....	[1994] 1 R.C.S. 231.....	853
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner).....	[1990] 2 S.C.R. 367.....	1007, 1031
PSAC v. Canada.....	[1987] 1 S.C.R. 424.....	1007, 1030
Public Service Board of New South Wales v. Osmond.....	(1986), 159 C.L.R. 656.....	845
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	[1998] 1 R.C.S. 982.....	833

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	833

### Q

Q. v. Minto Management Ltd.	(1985), 15 D.L.R. (4th) 581	598
Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	(1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57	840
Qi v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)	(1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57	840

### R

R. c. I. (L.R.) et T. (E.)	[1993] 4 R.C.S. 504	489, 505
R. v. Archibald	(1992), 15 B.C.A.C. 301	359
R. v. B. (K.G.)	[1993] 1 S.C.R. 740	494
R. v. Barnier	[1980] 1 S.C.R. 1124	699
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	345
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	403
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	111, 181, 497, 1008, 1040, 1099
R. v. Brown	(1992), 13 C.R. (4th) 346	409
R. v. Burgess	[1991] 2 All E.R. 769	336
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	60, 162
R. v. Calder	[1996] 1 S.C.R. 660	493
R. v. Cameron	(1992), 71 C.C.C. (3d) 272	321, 394
R. v. Campbell	(1991), 70 Man. R. (2d) 158	406
R. v. Campbell	[1997] 3 S.C.R. 3	957
R. v. Campbell	[1998] 1 S.C.R. 3	958
R. v. Campbell	[1998] 2 S.C.R. 443	958
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303	315, 369, 646, 712
R. v. Civil Service Appeal Board, ex parte Cunningham	[1991] 4 All E.R. 310	846
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	457
R. v. Cook	[1998] 2 S.C.R. 597	499
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	345
R. v. Cottle	[1958] N.Z.L.R. 999	327, 369
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3	405
R. v. Daviault	[1994] 3 S.C.R. 63	315, 370
R. v. Dietrich	(1970), 1 C.C.C. (2d) 4	501
R. v. Doyle	(1991), 108 N.S.R. (2d) 1	409
R. v. Edwards	(1996), 28 O.R. (3d) 54	410
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	172, 281, 1040, 1101
R. v. Eklund	[1985] B.C.J. No. 2415 (QL)	359
R. v. Falconer	(1990), 50 A. Crim. R. 244	317, 369
R. v. Finlay	[1993] 3 S.C.R. 103	442
R. v. Fitzpatrick	[1995] 4 S.C.R. 154	429, 466
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	695, 860, 942, 1010, 1043

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	458
R. v. Hebert.....	[1990] 2 S.C.R. 151.....	436, 506, 690
R. v. Hennessy.....	(1989), 89 Cr. App. R. 10.....	333
R. v. Heywood.....	[1994] 3 S.C.R. 761.....	105, 673
R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery.....	[1994] 1 All E.R. 651.....	839
R. v. Hill.....	[1986] 1 S.C.R. 313.....	345
R. v. Hodgson.....	[1998] 2 S.C.R. 449.....	446
R. v. Hoepfner.....	[1999] M.J. No. 113 (QL).....	711
R. v. Hundal.....	[1993] 1 S.C.R. 867.....	431
R. v. I. (L.R.) and T. (E.).....	[1993] 4 S.C.R. 504.....	489, 505
R. v. Jackson.....	(1996), 106 C.C.C. (3d) 557.....	409
R. v. Jones.....	[1994] 2 S.C.R. 229.....	436, 691
R. v. K.....	(1970), 3 C.C.C. (2d) 84.....	316, 367
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	162, 861, 1010, 1100
R. v. Kemp.....	[1956] 3 All E.R. 249.....	339
R. v. Kuldip.....	[1990] 3 S.C.R. 618.....	484, 511
R. v. L. (D.O.).....	[1993] 4 S.C.R. 419.....	691
R. v. Laberge.....	(1995), 165 A.R. 375.....	405
R. v. Lavallee.....	[1990] 1 S.C.R. 852.....	326, 409
R. v. LePage.....	(1997), 119 C.C.C. (3d) 193.....	689
R. v. LePage.....	[1999] 2 S.C.R. 744... 638, 725, 730, 736, 742	706
R. v. Lewis.....	(1999), 132 C.C.C. (3d) 163.....	706
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	439, 666, 691
R. v. M. (C.A.).....	[1996] 1 S.C.R. 500.....	364, 712
R. v. MacLeod.....	(1980), 52 C.C.C. (2d) 193.....	307, 357
R. v. Malott.....	[1998] 1 S.C.R. 123.....	326
R. v. Mannion.....	[1986] 2 S.C.R. 272.....	484
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	335, 405
R. v. McDonnell.....	[1997] 1 S.C.R. 948.....	404
R. v. Morales.....	[1992] 3 S.C.R. 711.....	671, 697
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	181, 800, 805
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society.....	[1992] 2 S.C.R. 606.....	671
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	58, 177, 275, 1060, 1107
R. v. Oommen.....	[1994] 2 S.C.R. 507.....	713
R. v. Osolin.....	[1993] 4 S.C.R. 595.....	326, 663
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	436
R. v. Parks.....	[1992] 2 S.C.R. 871.....	310, 357, 693
R. v. Peckham.....	(1994), 19 O.R. (3d) 766.....	671, 695
R. v. Pelletier.....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 533.....	495
R. v. Peruta.....	(1992), 78 C.C.C. (3d) 350.....	311, 362
R. v. Pitkeathly.....	(1994), 29 C.R. (4th) 182.....	409
R. v. Quick.....	[1973] 3 All E.R. 347.....	333
R. v. Rabey.....	(1997), 17 O.R. (2d) 1.....	329, 368
R. v. S. (R.D.).....	[1997] 3 S.C.R. 484.....	850

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	436, 467
R. v. Schmautz .....	[1990] 1 S.C.R. 398.....	471
R. v. Schwartz .....	[1988] 2 S.C.R. 443.....	323
R. v. Seaboyer .....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	281, 409, 440
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Doody	[1994] 1 A.C. 531 .....	846
R. v. Shropshire.....	[1995] 4 S.C.R. 227.....	364
R. v. Sparrow .....	[1990] 1 S.C.R. 1075.....	282
R. v. Spyker.....	(1990), 63 C.C.C. (3d) 125.....	429
R. v. Stillman .....	[1994] B.C.J. No. 646 (QL).....	429
R. v. Strachan.....	[1988] 2 S.C.R. 980.....	457
R. v. Sullivan.....	[1984] A.C. 156.....	340
R. v. Sullivan.....	[1991] 1 S.C.R. 489.....	762
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933... 343, 378, 486, 646, 689	
R. v. Szymusiak .....	[1972] 3 O.R. 602.....	312, 376
R. v. Terry .....	[1996] 2 S.C.R. 207.....	459
R. v. Therens .....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	456
R. v. Théroux .....	[1993] 2 S.C.R. 5.....	315, 373
R. v. Thibert .....	[1996] 1 S.C.R. 37.....	326
R. v. Tolson .....	(1889), 23 Q.B.D. 168.....	317
R. v. Turpin .....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	129, 217, 256
R. v. Van der Peet.....	[1996] 2 S.C.R. 507.....	241
R. v. White .....	[1999] 2 S.C.R. 417.....	515
R. v. Whittle .....	[1994] 2 S.C.R. 914.....	488, 515
R. v. Woermann .....	(1992), 81 Man. R. (2d) 255.....	406
R. v. Z. (D.A.).....	[1992] 2 S.C.R. 1025.....	976
R. v. Zeolkowski .....	[1989] 1 S.C.R. 1378.....	699
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	509, 1043
R.D.R. Construction Ltd. v. Rent Review Commission.....	(1982), 55 N.S.R. (2d) 71.....	847
Rabey c. La Reine.....	[1980] 2 R.C.S. 513.....	305, 357
Rabey v. The Queen .....	[1980] 2 S.C.R. 513.....	305, 357
Rabon v. Guardsmark, Inc. ....	571 F.2d 1277 (1978).....	604
Radcliff v. Radcliff.....	[1994] O.J. No. 2874 (QL) .....	924
Ramoutar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) ...	[1993] 3 C.F. 370.....	833
Ramoutar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 3 F.C. 370.....	833
Ramsay v. Ramsay .....	(1994), 1 R.F.L. (4th) 447.....	916
Ramsden c. Peterborough (Ville).....	[1993] 2 R.C.S. 1084.....	1023, 1103
Ramsden v. Peterborough (City).....	[1993] 2 S.C.R. 1084.....	1023, 1103
Rauf v. Rauf .....	(1992), 39 R.F.L. (3d) 63.....	921
Rawluk v. Rawluk.....	(1986), 55 O.R. (2d) 704.....	907, 940
Rawluk v. Rawluk.....	[1990] 1 S.C.R. 70.....	907
Re Rebic and The Queen.....	(1986), 28 C.C.C. (3d) 154.....	656
Reference re Authority to Perform Functions Vested by the Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398.....	97
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.).....	[1991] 2 S.C.R. 525.....	839
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	986
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.) .....	[1987] 1 S.C.R. 313 .....	1005, 1006, 1030, 1101

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island .....	[1998] 1 S.C.R. 3.....	286, 958
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island .....	[1998] 2 S.C.R. 443.....	958
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island .....	[1997] 3 S.C.R. 3.....	845, 957
Reference re Secession of Quebec .....	[1998] 2 S.C.R. 217.....	283
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.) .....	[1987] 1 R.C.S. 313 .....	1005, 1006, 1030, 1101
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard.....	[1998] 1 R.C.S. 3.....	286, 958
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard.....	[1998] 2 R.C.S. 443.....	958
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard.....	[1997] 3 R.C.S. 3.....	845, 957
Renvoi relatif à la sécession du Québec.....	[1998] 2 R.C.S. 217.....	283
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.) .....	[1991] 2 R.C.S. 525 .....	839
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba .....	[1985] 1 R.C.S. 721.....	986
Rickett v. Rickett.....	(1990), 72 O.R. (2d) 321.....	924
Rivers v. Rivers.....	(1993), 47 R.F.L. (3d) 90.....	933
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27.....	509, 695, 860, 942, 976
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) .....	[1995] 3 R.C.S. 199.....	60, 1064, 1100
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	60, 1064, 1100
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232 .....	1100
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario .....	[1990] 2 S.C.R. 232 .....	1100
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1993] 3 R.C.S. 519 .....	227, 281, 440, 691
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General) .....	[1993] 3 S.C.R. 519.....	226, 281, 440, 691
Romer v. Evans .....	116 S.Ct. 1620 (1996).....	174
Roncarelli v. Duplessis .....	[1959] S.C.R. 121 .....	853
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick .....	[1996] 1 R.C.S. 825.....	162, 1065
Ross v. New Brunswick School District No. 15 .....	[1996] 1 S.C.R. 825.....	162, 1065
Ross v. Ross .....	(1995), 168 N.B.R. (2d) 147.....	531
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail) .....	[1996] 1 R.C.S. 369 .....	1068, 1129
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board).....	[1996] 1 S.C.R. 369.....	1068, 1129
Russell v. Duke of Norfolk .....	[1949] 1 All E.R. 109.....	838
Rusticus v. Rusticus .....	[1995] O.J. No. 516 (QL) .....	908
Rutherford v. Rutherford .....	(1980), 14 R.F.L. (2d) 41.....	921
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	1099, 1152
RWDSU v. Saskatchewan.....	[1987] 1 S.C.R. 460.....	1007, 1030
Ryan v. Fildes.....	[1938] 3 All E.R. 517.....	547

## S

S.T. v. North Yorkshire County Council .....	[1999] I.R.L.R. 98 .....	549, 605
Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	(1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 .....	837
Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration) .....	(1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23.....	837
Salib v. Cross .....	(1993), 15 O.R. (3d) 521.....	924

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Saumur v. City of Quebec.....	[1953] 2 S.C.R. 299.....	1103
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679..... 84, 226, 281, 1014, 1133	
Schreiber c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 841.....	458
Schreiber v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 841.....	458
SDGMR c. Saskatchewan.....	[1987] 1 R.C.S. 460.....	1007, 1030
Shadbolt v. Shadbolt.....	(1997), 32 R.F.L. (4th) 253.....	933
Shafer v. Shafer.....	(1996), 25 R.F.L. (4th) 410.....	907
Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	(1994), 170 N.R. 238.....	837
Shah v. Minister of Employment and Immigration.....	(1994), 170 N.R. 238.....	837
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City).....	[1994] 1 S.C.R. 231.....	853
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038..... 497, 509, 660, 696, 854, 866, 1011, 1037, 1101, 1152	
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	663
Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	(1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81.....	837
Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	(1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81.....	837
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157.....	1129
Spinney v. Spinney.....	[1996] O.J. No. 1869 (QL).....	908
Stallman v. Youngquist.....	531 N.E.2d 355 (1988).....	776
Starr v. Houlden.....	[1990] 1 S.C.R. 1366.....	451
State v. Caddell.....	215 S.E.2d 348 (1975).....	377
State v. Fields.....	376 S.E.2d 740 (1989).....	377
State v. Hinkle.....	89 S.E.2d 257 (1996).....	326
Stevens v. Stevens.....	(1992), 41 R.F.L. (3d) 212.....	923
Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand.....	[1987] 2 S.C.R. 219.....	845
Symes v. Canada.....	[1993] 4 S.C.R. 695.....	131, 198
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	1129
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1989] 2 R.C.S. 879.....	838
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1989] 2 S.C.R. 879.....	838
Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.	[1996] 2 R.C.S. 432.....	1129
<b>T</b>		
T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.....	[1999] 2 R.C.S. 1083.....	1139
Taabea c. Comité consultatif sur le statut de réfugié.....	[1980] 2 C.F. 316.....	847
Taabea v. Refugee Status Advisory Committee.....	[1980] 2 F.C. 316.....	847
Tavita v. Minister of Immigration.....	[1994] 2 N.Z.L.R. 257.....	861
Taylor v. Ross.....	(1998), 161 D.L.R. (4th) 266.....	102
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	82
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	82

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
The Queen v. Levy Brothers Co. ....	[1961] S.C.R. 189 .....	547, 597
Thibaudeau v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 627.....	36, 139
Thomas v. Collins .....	323 U.S. 516 (1945).....	1076
Thompson v. Goold & Co. ....	[1910] A.C. 409.....	496
Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture).....	[1992] 1 R.C.S. 385.....	695
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1998] 1 R.C.S. 877 .....	61, 161, 275, 1060, 1100
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1998] 1 S.C.R. 877.....	61, 161, 275, 1060, 1100
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	429
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) .....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	429
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture).....	[1992] 1 S.C.R. 385.....	695
Tichenor v. Roman Catholic Church of the Archdiocese of New Orleans.....	32 F.3d 953 (1994).....	603
Tremblay v. Daigle.....	[1989] 2 S.C.R. 530.....	761, 805
Tylo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	(1995), 90 F.T.R. 157.....	844
Tylo v. Minister of Employment and Immigration .....	(1995), 90 F.T.R. 157.....	844

## U

U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	853
U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd. ....	[1999] 2 S.C.R. 1083.....	1139

## V

Vachon c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada	[1985] 2 R.C.S. 417.....	978
Vachon v. Canada Employment and Immigration Commission .....	[1985] 2 S.C.R. 417.....	978
Valenti v. Valenti .....	(1996), 21 R.F.L. (4th) 246.....	907
Veres v. Veres.....	(1987), 9 R.F.L. (3d) 447.....	933
Ville de Kamloops c. Nielsen.....	[1984] 2 R.C.S. 2.....	766
Vishaka v. Rajasthan .....	[1997] 3 L.R.C. 361 .....	861
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493.... 53, 106, 158, 252, 676, 1014, 1059, 1126	

## W

W.W. Sales Ltd. v. City of Edmonton.....	[1942] S.C.R. 467 .....	602
Walker v. The King.....	[1939] S.C.R. 214 .....	444
Walker v. Walker.....	(1992), 12 B.C.A.C. 137 .....	529
Wallace v. United Grain Growers Ltd. ....	[1997] 3 S.C.R. 701.....	1037, 1101
Warren v. Henlys, Ltd.....	[1948] 2 All E.R. 935.....	548
Weatherall v. Canada (Attorney General).....	[1993] 2 S.C.R. 872.....	409
Weaver v. Weaver .....	(1991), 32 R.F.L. (3d) 447.....	922

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Webb by Harris v. Jewel Companies, Inc.....	485 N.E.2d 409 (1985).....	605
Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1997] 2 C.F. 646 .....	845
Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) ....	[1997] 2 F.C. 646 .....	845
Willick v. Willick .....	[1994] 3 S.C.R. 670.....	526
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute) ....	[1999] 2 R.C.S. 625 .....725, 730, 736, 742, 747, 751	
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute).....	[1999] 2 S.C.R. 625 .....725, 730, 736, 742, 747, 751	
Winko v. Forensic Psychiatric Institute (B.C.).....	(1996), 79 B.C.A.C. 1 .....	702
Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)	[1997] 3 S.C.R. 925.....	171, 762, 804
Winsor v. Winsor .....	(1992), 8 O.R. (3d) 433.....	531
<b>Y</b>		
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	864

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>C</b>		<b>F</b>	
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2		Family Farm Protection Act, C.C.S.M., c. F15	
s. 6.....	989	s. 8(1).....	961
		s. 8(4).....	961
Canadian Charter of Rights and Freedoms		Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3	
s. 1.....	3, 203, 989, 1083	Preamble .....	868
s. 2(b).....	1083	s. 4.....	868
s. 2(d).....	989	s. 5.....	868
s. 7.....	417, 475, 625, 722, 733, 744	s. 9.....	868
s. 15(1).....	3, 203, 625, 722, 733, 744	s. 29.....	3
s. 24(1).....	417	Farm Debt Review Act, R.S.C., 1985, c. 25 (2nd Supp.)	
s. 24(2).....	417, 475	s. 23.....	961
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3			
Art. 3.....	817	<b>I</b>	
Art. 9.....	817	Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2	
Art. 12.....	817	s. 82.1(1).....	817
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		s. 114(2).....	817
s. 2.....	290	Immigration Regulations, 1978, SOR/93-44	
s. 16.....	290	s. 2.1.....	817
s. 232.....	290	Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5	
s. 252(1)(a).....	417	s. 77(1).....	203
s. 672.21(3)(f).....	475	Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4	
s. 672.54.....	625, 722, 733, 744	s. 5(4).....	1136
s. 687.....	290	s. 104(2).....	1136
s. 718.2.....	290		
<b>D</b>		<b>L</b>	
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)		Labour Relations Code, S.B.C. 1992, c. 82	
s. 17(1).....	518	s. 1(1).....	1083
s. 17(4).....	518	s. 65.....	1083
s. 17(7).....	518	s. 67.....	1083
s. 17(8).....	518		

	PAGE		PAGE
<b>M</b>		<b>P</b>	
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288		Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35	
s. 61(1).....	417	s. 2 «employee» (e).....	989
s. 61(1.1).....	417		
s. 61(7).....	417		
		<b>R</b>	
		Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74	
		Rule 32.....	203

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
Charte canadienne des droits et libertés		Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales, C.P.L.M., ch. F15	
art. 1.....	3, 203, 989, 1083	art. 8(1).....	961
art. 2b).....	1083	art. 8(4).....	961
art. 2d).....	989	Loi sur l'examen de l'endettement agricole, L.R.C. (1985), ch. 25 (2e suppl.)	
art. 7.....	417, 475, 625, 722, 733, 744	art. 23.....	961
art. 15(1).....	3, 203, 625, 722, 733, 744	Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.)	
art. 24(1).....	417	art. 17(1).....	518
art. 24(2).....	417, 475	art. 17(4).....	518
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2		art. 17(7).....	518
art. 6.....	989	art. 17(8).....	518
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3	
art. 2.....	290	Préambule.....	868
art. 16.....	290	art. 4.....	868
art. 232.....	290	art. 5.....	868
art. 252(1a).....	417	art. 9.....	868
art. 672.21(3)f).....	475	art. 29.....	3
art. 672.54.....	625, 722, 733, 744	Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5	
art. 687.....	290	art. 77(1).....	203
art. 718.2.....	290	Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35	
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 no 3		art. 2 «fonctionnaire» e).....	989
art. 3.....	817	Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4	
art. 9.....	817	art. 5(4).....	1136
art. 12.....	817	art. 104(2).....	1136
<b>L</b>			
Labour Relations Code, S.B.C. 1992, ch. 82		Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2	
art. 1(1).....	1083	art. 82.1(1).....	817
art. 65.....	1083	art. 114(2).....	817
art. 67.....	1083		

	PAGE		PAGE
<b>M</b>		<b>R</b>	
Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288		Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/93-44	
art. 61(1) .....	417	art. 2.1 .....	817
art. 61(1.1) .....	417	Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74	
art. 61(7) .....	417	art. 32 .....	203

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Atiyah, P. S. <i>Vicarious Liability in the Law of Torts</i> . London: Butterworths, 1967.....	548, 612
Baty, T. <i>Vicarious Liability</i> . Oxford: Clarendon Press, 1916.....	612
Blackstone, William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 2. Traduit de l'anglais par N.M. Chompré. Paris: Bossange, 1822 .....	96
Blackstone, William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , 4th ed., Book I. Oxford: Clarendon Press, 1770 .....	96
Blumstein, Philip, and Pepper Schwartz. <i>American Couples</i> . New York: Morrow, 1983 .....	134
British Columbia. <i>Debates of the Legislative Assembly</i> , June 10, 1987, p. 1695.....	1124
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).....	838
Burrows, G. Edmond. "Pension Considerations on Marriage Breakdown Retirement Age" (1995-96), 13 <i>C.F.L.Q.</i> 25.....	923
Burrows, G. Edmond. "Value Added or Pro Rata?" in <i>Money &amp; Family Law</i> , vol. 10, no. 6, June 1995, p. 48	941
Campbell, Kenneth L. "Psychological Blow Automatism: A Narrow Defence" (1980-81), 23 <i>Crim. L.Q.</i> 342	390
Canada. Affaires indiennes et du Nord. <i>Répercussions des modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 (Projet de loi C-31): Rapport sommaire</i> . Ottawa: Affaires indiennes et du Nord Canada, 1990	267
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> . Fascicule no 7, 9 octobre 1991 .....	648
Canada. Citizenship and Immigration Canada. <i>Building on a Strong Foundation for the 21st Century: New Directions for Immigration and Refugee Policy and Legislation</i> . Ottawa: Citizenship and Immigration Canada, 1998 .....	167
Canada. Citoyenneté et Immigration Canada. <i>De solides assises pour le 21e siècle: Nouvelles orientations pour la politique et la législation relatives aux immigrants et aux réfugiés</i> . Ottawa: Citoyenneté et Immigration Canada, 1998.....	167
Canada. Comité de la réforme pénale et correctionnelle. Rapport. <i>Justice pénale et correction: un lien à forger</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969 .....	486
Canada. Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique. Rapport. Ottawa: Imprimeur de la Reine, juillet 1965.....	1003
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 14. <i>Processus pénal et désordre mental</i> . Ottawa: Information Canada, 1975 .....	654

Canada. Commission de réforme du droit. <i>Le désordre mental dans le processus pénal</i> . Ottawa. La Commission, 1976.....	486
Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada</i> . Ottawa: Imprimeur du Roi, 1938.....	486
Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. <i>Un virage à prendre en douceur: Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction</i> , vol. 2. Ottawa: La Commission, 1993.....	773
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> . Ottawa: La Commission, 1996.....	222, 258
Canada. Committee on Corrections. Report. <i>Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969.....	486
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 3e sess., 34e lég., 4 octobre 1991, p. 3296.....	496
Canada. Department of Justice. <i>Proposals to amend the Criminal Code (general principles)</i> . Ottawa: Department of Justice Canada, 1993.....	323
Canada. Department of Justice. <i>Report of a committee appointed to inquire into the principles and procedures followed in the remission service of the Department of Justice of Canada</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1956.....	486
Canada. Emploi et Immigration Canada. <i>Guide de l'immigration: examen et application de la loi</i> . Ottawa: Emploi et Immigration Canada, 1983 (feuilles mobiles mises à jour 1991, envoi n° 2).....	835
Canada. Employment and Immigration Canada. <i>Immigration Manual: Examination and Enforcement</i> . Ottawa: Employment and Immigration Canada, 1983 (loose-leaf updated 1991, release 2).....	835
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, p. 3296.....	496
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. X, 1st Sess., 33rd Parl., June 20, 1986, p. 14790.....	973
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 7, October 9, 1991.....	648
Canada. Indian and Northern Affairs. <i>Impacts of the 1985 Amendments to the Indian Act (Bill C-31): Summary Report</i> . Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1990.....	267
Canada. Law Reform Commission. <i>Mental Disorder in the Criminal Process</i> . Ottawa: The Commission, 1976.....	486
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 14. <i>The Criminal Process and Mental Disorder</i> . Ottawa: Information Canada, 1975.....	654
Canada. Ministère de la Justice. <i>Proposition de modification du Code criminel (principes généraux)</i> . Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1993.....	323
Canada. Ministère de la Justice. <i>Rapport d'un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au service des pardons du ministère de la Justice du Canada</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1956.....	486
Canada. Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service. Report. Ottawa: Queen's Printer, July 1965.....	1003
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> . Ottawa: The Commission, 1996.....	222, 258
Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. <i>Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies</i> , vol. 2. Ottawa: The Commission, 1993.....	773
Canada. Royal Commission to investigate the Penal System of Canada. <i>Report of the Royal Commission to investigate the Penal System of Canada</i> . Ottawa: King's Printer, 1938.....	486
Canada. Statistics Canada. Catalogue No. 82-003, <i>Health Reports</i> , vol. 7, No. 2, 1995.....	779

Canada. Statistics Canada. <i>Family Expenditure in Canada 1992</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1994.....	134
Canada. Statistics Canada. <i>Infomat: A Weekly Review</i> , October 17, 1997. "More lone-parent and common-law families", p. 4.....	197
Canada. Statistics Canada. Labour and Household Surveys Analysis Division. <i>Family Income After Separation</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1997.....	198
Canada. Statistique Canada. Catalogue no 82-003, <i>Rapports sur la santé</i> , vol. 7, no 2, 1995.....	779
Canada. Statistique Canada. <i>Dépenses des familles au Canada, 1992</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1994...	134
Canada. Statistique Canada. Division de l'analyse des enquêtes des ménages et du travail. <i>Revenu familial après séparation</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1997.....	198
Canada. Statistique Canada. <i>Infomat: Revue hebdomadaire</i> , 17 octobre 1997. «Plus de familles monoparentales et de familles vivant en union libre», p. 4.....	197
Canadian Institute for Health Information. <i>National Trauma Registry Report — Hospital Injury Admissions, 1995/96</i> . Ottawa: The Institute, 1998.....	779
Canadian Institute of Actuaries. <i>Standard of Practice for the Computation of the Capitalized Value of Pension Entitlements on Marriage Breakdown for Purposes of Lump-Sum Equalization Payments</i> . Ottawa: Canadian Institute of Actuaries, 1993.....	896
Canadian Institute of Actuaries. Task Force on the Division of Pension Benefits upon Marriage Breakdown. Draft Paper. <i>The Division of Pension Benefits upon Marriage Breakdown</i> . Ottawa: Canadian Institute of Actuaries, 1998.....	921
Canadian Psychiatric Association. Brief to the House of Commons Standing Committee on Justice and the Solicitor General. RE: Proposed Revisions for Automatism as Contained in the Draft, "Toward a New General Part for the Criminal Code of Canada". Prepared by Drs. Maralyn MacKay and Nizar Ladha. Ottawa: 1992.....	387
Cardell, Mona, Stephen Finn and Jeanne Marecek. "Sex-Role Identity, Sex-Role Behavior, and Satisfaction in Heterosexual, Lesbian, and Gay Male Couples", <i>Psychology of Women Quarterly</i> , 5(3) (Spring 1981): 488-94.....	136
Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. <i>Collective Bargaining Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.....	1116
Chambers, Lori. <i>Married Women and Property Law in Victorian Ontario</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1997.....	96
Clark, Gerald. "What Happens When The Police Strike", in Richard M. Ayres and Thomas L. Wheelan, eds., <i>Collective Bargaining in the Public Sector: Selected Readings in Law Enforcement</i> . Gaithersburg, Md.: International Association of Police, 1977, 401.....	1062
Cocozza, Joseph J., and Henry J. Steadman. "The Failure of Psychiatric Predictions of Dangerousness: Clear and Convincing Evidence" (1976), 29 <i>Rutgers L. Rev.</i> 1084.....	654
Colvin, Eric. Comment on <i>Multiple Access Ltd. v. McCutcheon</i> (1983), 17 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 347.....	985
Colvin, Eric. "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 381.....	652
Colvin, Eric. "Legal Theory and the Paramountcy Rule" (1979), 25 <i>McGill L.J.</i> 82.....	985
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995.....	698
Conference on Security and Co-operation in Europe. Concluding Document of the Madrid Meeting, 1983, 22 <i>I.L.M.</i> 1398.....	1039
Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. Document de clôture de la réunion de Madrid, 1983, 22 <i>I.L.M.</i> 1398.....	1039
<i>Corpus Juris Secundum</i> , vol. 27C, § 558. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.....	919
<i>Corpus Juris Secundum</i> , vol. 51. Brooklyn, N.Y.: American Law Book, 1967.....	1075

Cossmann, Brenda, and Bruce Ryder. <i>Gay, Lesbian and Unmarried Heterosexual Couples and the Family Law Act: Accommodating a Diversity of Family Forms</i> , a Research Paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, June 1993 .....	80
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990 .....	495, 695, 942, 1009
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991 .....	495, 695, 942, 1009
Crane, Brian A., and Henry S. Brown. <i>Supreme Court of Canada Practice 1998</i> . Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1997.....	246
Cretney, S. M., and J. M. Masson. <i>Principles of Family Law</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 1997...	97
Davis, Kenneth Culp. <i>Discretionary Justice: a preliminary inquiry</i> . Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969.....	852
Davis, Simon. "Assessing the 'Criminalization' of the Mentally Ill in Canada", <i>Rev. can. psychiatrie</i> , 37(8) (octobre 1992): 532-38.....	657
Davis, Simon. "Assessing the 'Criminalization' of the Mentally Ill in Canada", <i>Can. J. Psychiatry</i> , 37(8) (October 1992): 532-38.....	657
de Smith, Stanley A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995 .....	846
<i>Dictionnaire de la langue française</i> — Lexis. Paris: Larousse, 1992 .....	699
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983 .....	695, 942
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994 .....	179, 509, 695, 869, 942
Dworkin, Ronald. <i>Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.....	174
Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., <i>The Province of Administrative Law</i> . Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.....	859
Eldridge, Natalie S., and Lucia A. Gilbert. "Correlates of Relationship Satisfaction in Lesbian Couples", <i>Psychology of Women Quarterly</i> , 14 (1990): 43-62.....	136
Ely, John Hart. <i>Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980 .....	174
Ennis, Bruce J., and Thomas R. Litwack. "Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom" (1974), 62 <i>Cal. L. Rev.</i> 693.....	665
Evans, R. R. <i>The Law and Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes</i> . Calgary: Burroughs, 1923 .....	97
Farlinger, Brian A. "The Farm Debt Review Act" (1988), 2 <i>B.F.L.R.</i> 223 .....	976
Feldthusen, Bruce. "Vicarious Liability for Sexual Torts". In Nicholas J. Mullany and Allen M. Linden, eds., <i>Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming</i> . Sydney: LBC Information Services, 1998, 221.....	553
Ferguson, G. "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence" (1989), 14 <i>Queen's L.J.</i> 135.....	651
Fisher, E. G., and Starek, Henry. "Police Bargaining in Canada: Private Sector Bargaining, Compulsory Arbitration, and Mediation-Arbitration in Vancouver" (1978), 2 <i>Canadian Police College Journal</i> 133	1066
Fisher, E. G., et Starek, Henry. «Négociations chez les corps policiers du Canada: Négociations dans le secteur privé, arbitrage obligatoire et médiation-arbitrage à Vancouver» (1978), 2 <i>Journal du Collège de police</i> 151 .....	1066

Flannigan, Robert. "The Liability Structure of Nonprofit Associations: Tort and Fiduciary Liability Assignments" (1998), 77 <i>Can. Bar Rev.</i> 73 .....	611
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 8th ed. Sydney: Law Book, 1992.....	762
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.....	544, 603, 1113
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Torts in Canada</i> , vol. 2. Toronto: Carswell, 1990.....	552, 612
Gibson, Dale. <i>The Law of the Charter: General Principles</i> . Toronto: Carswell, 1986 .....	1008
Gilbert, Larry. <i>Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1996 .....	269
<i>Grand Robert de la langue française</i> , 2nd ed., t. 7. Paris: Le Robert, 1986, "pour".....	978
Grant, Isabel and Laura Spitz. Case Comment on <i>R. v. Parks</i> (1993), 72 <i>Can. Bar Rev.</i> 224.....	397
Grant, Isabel, Dorothy Chunn and Christine Boyle. <i>The Law of Homicide</i> , loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994 (updated 1998, release 1).....	330
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 11(1), 4th ed. (reissue). London: Butterworths, 1990.....	326
Harris, Grant T., Marnie E. Rice and Catherine A. Cormier. "Length of Detention in Matched Groups of Insanity Acquittes and Convicted Offenders" (1991), 14 <i>Int'l J. L. &amp; Psy.</i> 223 .....	655
Hart, Stephen D., Christopher D. Webster and Robert J. Menzies. "A Note on Portraying the Accuracy of Violence Predictions" (1993), 17 <i>Law &amp; Hum. Behav.</i> 695.....	665
Herek, Gregory M. "Myths About Sexual Orientation: A Lawyer's Guide to Social Science Research" (1991), 1 <i>Law &amp; Sexuality</i> 133.....	165
Hodgins, Sheilagh, ed. <i>Mental Disorder and Crime</i> . Newbury Park: Sage Publications, 1993.....	654
Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 75.....	181, 283
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 .....	984
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , loose-leaf ed., vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1998, release 1).....	693
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , loose-leaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997, release 2).....	139, 177
Holland, Winnifred H. "Automatism and Criminal Responsibility" (1982-83), 25 <i>Crim. L.Q.</i> 95.....	367
Howard, George. <i>Guardians of the Queen's Peace</i> . London: Odhams Press, 1953 .....	1065
Institut canadien d'information sur la santé. <i>National Trauma Registry Report— Hospital Injury Admissions, 1995/96</i> . Ottawa: L'Institut, 1998 .....	779
Institut canadien des actuaires. Groupe de travail sur la répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage. Document préliminaire. <i>La répartition des prestations de retraite à la rupture du mariage</i> . Ottawa: Institut canadien des actuaires, 1998.....	921
Institut canadien des actuaires. <i>Norme de pratique pour le calcul de la valeur capitalisée des droits à pension à la rupture du mariage aux fins des paiements forfaitaires de péréquation</i> . Ottawa: Institut canadien des actuaires, 1993.....	896
Jackman, Martha. "Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter" (1996), 34 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 661.....	174
Kerr, Ian R. "Pre-Natal Fictions and Post-Partum Actions" (1998), 20 <i>Dalhousie L.J.</i> 237.....	789
Laberge, Danielle, and Daphné Morin. "The Overuse of Criminal Justice Dispositions: Failure of Diversionary Policies in the Management of Mental Health Problems" (1995), 18 <i>Int'l J. L. &amp; Psy.</i> 389	657
LaFave, Wayne R. and Austin W. Scott. <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986 .....	326

Laski, Harold J. "The Basis of Vicarious Liability" (1916), 26 <i>Yale L.J.</i> 105.....	546, 620
Lynch, Jean M., and Mary Ellen Reilly. "Role Relationships: Lesbian Perspectives", <i>Journal of Homosexuality</i> , 12(2) (Winter 1985/86): 53-69.....	74, 134
Macdonald, Roderick A., and David Lametti. "Reasons for Decision in Administrative Law" (1990), 3 <i>C.J.A.L.P.</i> 123.....	845
MacDougall, Donald J. "Alimony and Maintenance". In D. Mendes da Costa, ed., <i>Studies in Canadian Family Law</i> , vol. 1. Toronto: Butterworths, 1972, 283.....	97
Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. <i>Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba</i> , vol. 1, <i>The Justice System and Aboriginal People</i> . Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.....	267
Manwaring, J. A. "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of <i>Dolphin Delivery Ltd.</i> " (1987), 19 <i>Ottawa L. Rev.</i> 413.....	1118
McCamus, John D. "Family Law Reform in Ontario". In <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1993: Family Law: Roles, Fairness and Equality</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1994, 451...	138
McLeod, James G. Annotation to <i>Alger v. Alger</i> (1989), 21 R.F.L. (3d) 211.....	923
McLeod, James G. Annotation to <i>Weaver v. Weaver</i> (1991), 32 R.F.L. (3d) 448.....	924
McLeod, James G. Case Comment on <i>Monger v. Monger</i> (1994), 8 R.F.L. (4th) 182.....	931
Mendes, Errol P. "The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1". In Gérald-A. Beaudoin and Errol P. Mendes, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996, 3-1.....	178
Mendes, Errol P. «The Crucible of the Charter: Judicial Principles v. Judicial Deference in the Context of Section 1». Dans Gérald-A. Beaudoin et Errol P. Mendes, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 99.....	178
Menzies, Robert J. "Psychiatry, Dangerousness and Legal Control". In Neil Boyd, ed., <i>The Social Dimensions of Law</i> . Scarborough, Ont.: Prentice-Hall Canada, 1986, 182.....	665
Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "Hitting the forensic sound barrier: predictions of dangerousness in a pretrial psychiatric clinic". In Christopher D. Webster, Mark H. Ben-Aron and Stephen J. Hucker, eds., <i>Dangerousness: Probability and prediction, psychiatry and public policy</i> . New York: Cambridge University Press, 1985, 115.....	665
Menzies, Robert J., Christopher D. Webster and Diana S. Sepejak. "The Dimensions of Dangerousness" (1985), 9 <i>Law &amp; Hum. Behav.</i> 49.....	664
Morris, Michael H. "Administrative Decision-makers and the Duty to Give Reasons: An Emerging Debate" (1997), 11 <i>C.J.A.L.P.</i> 155.....	846
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.....	840
Mullen, Paul E. "The Dangerousness of the Mentally Ill and the Clinical Assessment of Risk". In Warren Brookbanks, ed., <i>Psychiatry and the Law: Clinical and Legal Issues</i> . Wellington: Brooker's Legal Information, 1996, 93.....	654
Nadin-Davis, R. Paul. <i>Sentencing in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1982.....	713
<i>Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Montréal: Dicorobert Inc., 1996.....	696, 698
Ogloff, James R. P., et al. "Empirical Research Regarding the Insanity Defense: How Much Do We Really Know?". In James R. P. Ogloff, ed., <i>Law and Psychology: The Broadening of the Discipline</i> . Durham, N.C.: Carolina Academic Press, 1992, 171.....	655
Ontario. Assemblée législative. <i>Journal des débats</i> , 3 <sup>e</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 1 <sup>er</sup> juin 1994, p. 6583.....	175

Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on Family Property Law</i> . Toronto: Commission de réforme du droit, 1993.....	944
Ontario. Commission de réforme du droit. <i>Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division</i> . Toronto: Commission de réforme du droit, 1995.....	893, 943
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Family Law, Part IV, Family Property Law</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.....	98, 946
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Family Law, Part VI, "Support Obligations"</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1974.....	65, 99, 190
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Family Property Law</i> . Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1993.....	944
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Pensions as Family Property: Valuation and Division</i> . Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1995.....	893, 943
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Rights and Responsibilities of Cohabitants Under the Family Law Act</i> . Toronto: The Commission, 1993.....	63, 103, 163
Ontario. Legislative Assembly. <i>Official Report of Debates</i> , 3rd Sess., 35th Parl., June 1, 1994, p. 6583....	175
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , 1st Sess., 31st Parl., October 18, 1977, pp. 901, 904.....	63
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , 3rd Sess., 30th Parl., October 26, 1976, pp. 4102-3.....	67, 107, 188
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , 3rd Sess., 30th Parl., November 18, 1976, pp. 4793, 4801.....	69, 108, 188
Ontario. <i>Legislature of Ontario Debates</i> , 3rd Sess., 30th Parl., November 22, 1976, pp. 4890-91, 4898 ....	69
Ontario. Ministry of the Attorney General. <i>Family Law Reform</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1976.....	65
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed., vol 6. Oxford: Clarendon Press, 1989, "for".....	978
Patterson, J. B. "Confusion Created in Pension Valuation for Family Breakdown Case Law by the Use of the Expressions 'Termination Method' and 'Retirement Method'" (1998), 16 <i>C.F.L.Q.</i> 249.....	896
Patterson, Jack. <i>Pension Division and Valuation: Family Lawyers' Guide</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.....	896
Payne, Julien D. <i>Payne on Divorce</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.....	529
Peplau, Letitia Anne. "Lesbian and Gay Relationships". In John C. Gonsiorek and James D. Weinrich, eds., <i>Homosexuality: Research Implications for Public Policy</i> . Newbury Park: Sage, 1991, 177.....	136
Prins, Herschel A. <i>Dangerous Behaviour, the Law, and Mental Disorder</i> . London; New York: Tavistock Publications, 1986.....	665
<i>Prosser and Keeton on the Law of Torts</i> , 5th ed. W. Page Keeton, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.....	557
<i>Random House Dictionary of the English Language</i> , 2nd ed. Toronto: Random House, 1987.....	698
Rennie, Ysabel Fisk. <i>The Search for Criminal Man: A Conceptual History of the Dangerous Offender</i> . Lexington, Mass.: Lexington Books, 1978.....	664
Rice, Marnie E., et al. "Recidivism Among Male Insanity Acquittes" (1990), 18 <i>J. Psychiatry &amp; Law</i> 379	655
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1998, release 5).....	286
Roth, Martin, Sir. "Modern Psychiatry and Neurology and the Problem of Responsibility". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., <i>Mental Disorder and Criminal Responsibility</i> . Toronto: Butterworths, 1981, 91.....	697

Royal Canadian Mounted Police. <i>The Royal Canadian Mounted Police and Unionization</i> , vol. I, part I, "An Historical Perspective on the R.C.M.P. and Protection of the National Interest: Responsibility Precluding Unionization", research paper prepared by William Beahen, October 1987.....	1054
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.....	691
<i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.....	604
<i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 19th ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1987.....	541
Santello, Deborah M. "Maternal Tort Liability for Prenatal Injuries" (1988), 22 <i>Suffolk U. L. Rev.</i> 747....	784
Schiffer, Marc E. <i>Mental Disorder and the Criminal Trial Process</i> . Toronto: Butterworths, 1978.....	689
Schneider, Margaret S. "The Relationships of Cohabiting Lesbian and Heterosexual Couples: A Comparison", <i>Psychology of Women Quarterly</i> , 10 (1986): 234-39.....	74, 134
Shapiro, Debra. "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 <i>J.L. &amp; Social Pol'y</i> 282.....	840
Slater, Suzanne. <i>The Lesbian Family Life Cycle</i> . New York: Free Press, 1995.....	165
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	323, 663
Steinbock, Bonnie. <i>Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses</i> . New York: Oxford University Press, 1992.....	793
Strauss, Peter L. "The Courts and the Congress: Should Judges Disdain Political History?" (1998), 98 <i>Colum. L. Rev.</i> 242.....	182
Stuart, Donald. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.....	340, 712
Sykes, Alan O. "The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines" (1988), 101 <i>Harv. L. Rev.</i> 563.....	557
Tollefson, Edwin A., and Bernard Starkman. <i>Mental Disorder in Criminal Proceedings</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.....	333
United Kingdom. Law Commission. Law Com. No. 60. "Report on Injuries to Unborn Children" Cmnd. 5709, in <i>Law Commission Reports</i> , vol. 5. Oxfordshire: Professional Books, 1979.....	775
United Kingdom. <i>Parliamentary Debates</i> , 5th ser., vol. 904, col. 1589 (6 February 1976).....	792
Walker, Thomas J. "Double Dipping — Can a Pension Be Both Property and Income?" (1994), 10 <i>C.F.L.Q.</i> 315.....	933
<i>Webster's Third New International Dictionary of the English Language</i> . Springfield, Mass.: Merriam-Webster Inc., 1986.....	698
Weiler, Joseph M. "The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter". In Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., <i>Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswell, 1986, 211.....	1125
Weiler, Paul C. "The Charter at work: Reflections on the constitutionalizing of labour and employment law" (1990), 40 <i>U.T.L.J.</i> 117.....	1068
Weiler, Paul C. "The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law" (1990), 40 <i>U.T.L.J.</i> 117.....	1125
Weiler, Paul C. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswell, 1980.....	1111
Weinczok, Michael A. "The Farm Debt Review Act" (1991), 18 <i>Can. Bus. L.J.</i> 43.....	977

DOCTRINE CITÉE

xli  
PAGE

Williams, Glanville. "Vicarious Liability: Tort of the Master or of the Servant?" (1956), 72 <i>L.Q. Rev.</i> 522	552
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens, 1983.....	312

**Gaétan Delisle** *Appellant*

v.

**The Attorney General of  
Canada** *Respondent*

and

**The Public Service Alliance of Canada, the  
Canadian Police Association, the Ontario  
Teachers' Federation and the Canadian  
Labour Congress** *Intervenors*

**INDEXED AS: DELISLE v. CANADA (DEPUTY ATTORNEY  
GENERAL)**

File No.: 25926.

1998: October 7; 1999: September 2.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin,  
Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members and encourages unfair labour practices — Whether impugned legislation infringing freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members —*

**Gaétan Delisle** *Appelant*

c.

**Le procureur général du Canada** *Intimé*

et

**L'Alliance de la Fonction publique du  
Canada, l'Association canadienne des  
policiers, la Fédération des enseignantes et  
des enseignants de l'Ontario et le Congrès  
du travail du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: DELISLE c. CANADA (SOUS-PROCUREUR  
GÉNÉRAL)**

N° du greffe: 25926.

1998: 7 octobre; 1999: 2 septembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,  
McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l'application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures législatives contestées empêchent la formation d'une association d'employés indépendante pour les membres de la GRC et encouragent les pratiques déloyales de travail — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte à la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l'application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures législatives contestées*

*Whether impugned legislation infringing freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members — Whether impugned legislation infringing equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.*

The appellant is a member of the RCMP and president of an informal association created with the aim of representing the job-related interests of RCMP members in Quebec. He brought a motion personally before the Superior Court, requesting that para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* (“PSSRA”) and s. 6 of the *Canada Labour Code* be declared of no force or effect as violating ss. 2(d), 2(b) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Paragraph (e) expressly excludes RCMP members from the application of the PSSRA and s. 6 of the *Canada Labour Code* provides that Part I of the Code does not apply to employees of Her Majesty in right of Canada. His motion was dismissed and the Court of Appeal affirmed the decision.

*Held* (Cory and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Paragraph (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the PSSRA and s. 6 of the *Canada Labour Code* are constitutional.

*Per* Gonthier, McLachlin, Major and Bastarache JJ.: The freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter* does not include the right to establish a particular type of association defined in a particular statute. Only the establishment of an independent employee association and the exercise in association of the lawful

*empêchent la formation d’une association d’employés indépendante pour les membres de la GRC — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte à la liberté d’expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l’application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures législatives contestées empêchent la formation d’une association d’employés indépendante pour les membres de la GRC — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte aux droits à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.*

L’appelant est membre de la GRC et président d’une association informelle créée dans le but de défendre les intérêts en matière d’emploi des membres de la GRC au Québec. Il a déposé une requête en sa qualité personnelle devant la Cour supérieure, en vue de faire déclarer inopérants l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* («LRTFP»), ainsi que l’art. 6 du *Code canadien du travail*, pour le motif qu’ils contrevenaient aux al. 2d) et 2b), et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’alinéa e) soustrait expressément les membres de la GRC à l’application de la LRTFP et l’art. 6 du *Code canadien du travail* prévoit que la partie I du Code ne s’applique pas aux employés de Sa Majesté du chef du Canada. Sa requête a été rejetée et la Cour d’appel a confirmé cette décision.

*Arrêt* (les juges Cory et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L’alinéa e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la LRTFP et l’art. 6 du *Code canadien du travail* sont constitutionnels.

*Les juges* Gonthier, McLachlin, Major et Bastarache: La liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte* ne comprend pas le droit de former un type particulier d’association défini par une loi particulière. Seuls la formation d’une association indépendante de travailleurs et l’exercice collectif des droits légitimes de

rights of its members are protected under s. 2(d). Respect for freedom of association therefore does not require in this case that the appellant be included in either the regime of the *PSSRA*, or any other regime, since s. 2(d) protects RCMP members against interference by management intended to discourage the establishment of an employee association. There is no general obligation for the government to provide a particular legislative framework for its employees to exercise their collective rights.

Neither the purpose nor the effects of para. (e) of the definition of “employee” infringe s. 2(d) of the *Charter*. Absent ambiguity in the meaning of a provision, it is primarily the statute as a whole which indicates its purpose. This does not mean that the general context should be ignored, but rather that the context is legislative above all else. Section 2 must be read in light of the other provisions of the Act and of the statutory regime for which it constitutes the framework. Knowing that the legislative context shows that the purpose of the statute is to govern labour relations in the public sector, under a regime of collective bargaining and trade union representation of workers, and having regard to the various applicable presumptions of legality, including the presumption of validity, it is not possible to find that the purpose of the statute infringes s. 2(d). The exclusion of RCMP members is designed simply to not grant them any status under the *PSSRA*, namely trade union representation and all it entails (which does not violate the appellant’s freedom of association), and not to prevent them from establishing an independent employee association. Such an association enjoys protection analogous to that provided under ss. 6, 8 and 9 of the *PSSRA* directly under s. 2(d) of the *Charter*.

With respect to the effects of para. (e), the fact that the appellant cannot invoke the protection of the *PSSRA* has no impact on his freedom of association under the *Charter*. The fundamental freedoms protected by s. 2 of the *Charter* do not impose a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government, except perhaps in exceptional circumstances which are not at issue here. There is no violation of s. 2(d) when certain groups of workers are excluded from a specific trade union regime. The ability to form an independent association and to carry on the protected activities exists independently of any statutory regime. If RCMP management has used unfair labour practices with the object of interfering with the creation of an association, or if the internal regulations of the RCMP contemplate such a purpose or effect, it is open to the appellant or any other party with standing to challenge these practices and rules directly by relying on s. 2(d), as the RCMP is

ses membres sont protégés par l’al. 2d). Le respect de la liberté d’association n’exige donc pas en l’espèce que l’appellant soit admis au régime de la *LRTFP*, ni à aucun autre régime, puisque l’al. 2d) protège les membres de la GRC contre les interférences de la direction visant à nuire à la formation d’une association de travailleurs. Il n’existe aucune obligation générale pour le gouvernement de fournir un cadre particulier pour l’exercice des droits collectifs de ses employés.

Ni l’objet, ni les effets de l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» ne violent l’al. 2d) de la *Charte*. En l’absence d’ambiguïté quant au sens d’une disposition, c’est l’ensemble du texte législatif, avant tout, qui permet d’en déterminer l’objet. Ceci signifie non pas que le contexte global doit être ignoré, mais que le contexte est avant tout législatif. L’article 2 se lit à la lumière des autres dispositions de la loi et du régime juridique dont il constitue le cadre. Sachant que le contexte législatif indique que la loi a pour objet de régir les relations du travail dans le secteur public, dans le cadre d’un régime de négociation collective et de représentation syndicale des travailleurs, et compte tenu des diverses présomptions de légalité applicables, notamment la présomption de validité, il est impossible de conclure que l’objet de la loi porte atteinte à l’al. 2d). L’exclusion des membres de la GRC vise simplement à ne pas leur accorder de statut sous le régime de la *LRTFP*, soit la représentation syndicale et tout ce qu’elle entraîne (ce qui ne viole pas la liberté d’association de l’appellant), et non à les empêcher de former une association indépendante de travailleurs. Une telle association jouit de protections analogues à celles qui sont prévues aux art. 6, 8 et 9 de la *LRTFP* directement en vertu de l’al. 2d) de la *Charte*.

Quant aux effets de l’al. e), le fait que l’appellant ne puisse pas invoquer la protection de la *LRTFP* n’a pas d’incidence sur la liberté d’association dont il bénéficie en vertu de la *Charte*. Les libertés fondamentales protégées par l’art. 2 de la *Charte* n’imposent pas d’obligation positive de protection ou d’inclusion au Parlement ni au gouvernement, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas invoquées en l’espèce. Il n’y a pas de violation de l’al. 2d) lorsque certains groupes de travailleurs sont exclus d’un régime syndical particulier. La capacité de former une association indépendante et d’exercer les activités protégées existe en dehors de tout cadre législatif. Si des pratiques de travail déloyales sont employées par la direction de la GRC dans le but de nuire à la formation d’une association, ou si la réglementation interne de la GRC vise un tel but ou a un tel effet, l’appellant ou tout autre personne ayant intérêt pour agir peut contester directement ces

part of the government within the meaning of s. 32(1) of the *Charter*.

The exclusion of RCMP members from the *PSSRA* does not infringe the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The reasoning that applies to the issue of freedom of association also applies to the arguments concerning freedom of expression. Except in exceptional circumstances, freedom of expression imposes only an obligation that Parliament not interfere, and the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* regime therefore cannot violate it. This is not one of those exceptional cases where the government has a positive obligation to act in order to give true meaning to freedom of expression. The message of solidarity the appellant wishes to express by an association exists independently of any official form of recognition. In the current situation, this message is the same whether or not it is expressed by an association recognized by the *PSSRA* regime. Finally, even if the exclusion of RCMP members by the *PSSRA* diminished the effectiveness of the conveyance of this message, this would not violate s. 2(b).

The exclusion of RCMP members from the *PSSRA* does not infringe the equality rights guaranteed by s. 15 of the *Charter*. While the effect of the statute is to impose differential treatment on the appellant, depriving him and other RCMP members of a benefit available to most other public service employees, this distinction is not based on one or more grounds enumerated in s. 15 or analogous thereto. Moreover, this distinction is not discriminatory. A reasonable person in the appellant's position would conclude that it is because RCMP members perform a crucial function in maintaining order that Parliament set them apart from other public service employees. Whether this view is correct or not, it does not adversely affect the appellant's dignity and is not based on a characteristic attributed stereotypically to police officers as a group.

*Per* L'Heureux-Dubé J.: The majority's reasons are generally agreed with. Because the *Charter* applies to RCMP management pursuant to s. 32, any actions, regulations or rules that, in purpose or effect, interfere with RCMP members' ability to form an employee association would violate s. 2(d) of the *Charter*, and may be challenged under a constitutional claim. The protections contained in ss. 6, 8 and 9 of the *PSSRA* are therefore mirrored in the *Charter*'s guarantee of freedom of

pratiques et ces règles en invoquant l'al. 2d), la GRC faisant partie du gouvernement au sens du par. 32(1) de la *Charte*.

L'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* ne porte pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Le raisonnement applicable à la question de la liberté d'association est aussi applicable aux arguments relatifs à la liberté d'expression. Sauf dans des circonstances exceptionnelles, la liberté d'expression n'impose qu'une obligation de non-ingérence au législateur et de ce fait, l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* ne saurait violer la liberté d'expression. Il ne s'agit pas ici d'un de ces cas exceptionnels où le gouvernement a une obligation positive d'agir en vue de donner un sens véritable à la liberté d'expression. Le message de solidarité que l'appellant désire exprimer par une association existe indépendamment de toute forme de reconnaissance officielle. Dans la situation actuelle, ce message est le même qu'il soit exprimé par une association reconnue par le régime de la *LRTFP* ou non. Enfin, même si l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* avait pour effet de rendre la transmission de ce message moins efficace, ceci ne violerait pas l'al. 2b).

L'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Bien que la loi ait pour effet d'imposer un traitement différent à l'appellant, privant celui-ci et les autres membres de la GRC d'un avantage accordé à la plupart des autres employés de la fonction publique, cette distinction n'est pas fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés à l'art. 15 ou sur un motif démontré analogue à ceux-ci. Plus encore, cette distinction n'est pas discriminatoire. Une personne raisonnable dans la position de l'appellant jugerait que c'est parce que les membres de la GRC exercent une fonction cruciale dans le maintien de l'ordre que le législateur les a distingués des autres employés de la fonction publique. Que cette perception soit exacte ou non, elle ne porte pas atteinte à la dignité de l'appellant et elle ne repose pas sur une caractéristique attribuée de manière stéréotypée au groupe des policiers.

*Le* juge L'Heureux-Dubé: Il y a accord général avec les motifs majoritaires. Puisque la *Charte* s'applique à la direction de la GRC conformément à l'art. 32, toute mesure, tout règlement ou toute règle qui a pour objet ou pour effet d'empêcher les membres de la GRC de former une association d'employés contrevient à l'al. 2d) de la *Charte* et peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la Constitution. Dans les cas où l'employeur fait partie du gouvernement, les protections prévues aux

association, when the employer is part of government. Where, as here, the Constitution itself prohibits the activities that a claimant alleges interfere with his freedoms of association and of expression, positive government action to include workers in a particular scheme is not required. In addition, because s. 2(d) guarantees the collective exercise of rights that are lawful for individuals, subject to s. 1 of the *Charter*, RCMP management cannot refuse to recognize the right of an employee to be represented by an employee association in lawful dealings with the employer.

While an invalid legislative purpose is sufficient to find a violation of a *Charter* right, the evidence adduced does not show that the object of the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* was to impede the formation of independent employee associations, but rather suggests that the exclusion stemmed from a desire not to grant RCMP members all the rights contemplated by the *PSSRA* and access to the particular remedies contained within it. Nor can it be found, in this case, that the effect of the exclusion is to violate freedom of association or expression by encouraging unfair labour practices by government actors, because such practices are prohibited through the guarantee of freedom of association in the *Charter*. Both intrinsic and extrinsic sources are admissible and significant in determining legislative purpose and effects.

Finally, a violation of s. 15(1) of the *Charter* has not been demonstrated in this case. It has not been shown that, viewed in context, this legislative distinction suggests that RCMP members are less worthy, valuable, or deserving of consideration than other public servants.

*Per Cory and Iacobucci JJ. (dissenting):* This appeal is not concerned with the right to strike or to bargain collectively. The issue is whether the legislation interferes with the basic freedom of employees to associate informally in pursuance of their mutual interests as employees. In light of the jurisprudence of this Court, it is clear that s. 2(d) of the *Charter* protects this freedom. The freedom to associate is of fundamental importance in a democratic society. The ability of employees, who are a vulnerable group in our society, to form and join an employee association is crucially linked to their economic and emotional well-being. A statute whose purpose or effect is to interfere with the formation of

art. 6, 8 et 9 de la *LRTFP* se reflètent donc dans la liberté d'association garantie par la *Charte*. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la Constitution elle-même interdit les activités qui, selon le demandeur, portent atteinte à ses libertés d'association et d'expression, le gouvernement n'est pas tenu d'agir pour inclure des travailleurs dans un régime particulier. De plus, étant donné que l'al. 2d) garantit l'exercice collectif des droits que les individus peuvent légalement exercer, sous réserve de l'article premier de la *Charte*, la direction de la GRC ne peut pas refuser de reconnaître le droit d'un employé d'être représenté par une association d'employés dans ses rapports légitimes avec l'employeur.

Même si l'existence d'un objet invalide est suffisante pour que l'on puisse conclure à une violation d'un droit garanti par la *Charte*, la preuve soumise ne démontre pas que l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* visait à empêcher la formation d'associations d'employés indépendantes, mais indique plutôt que cette exclusion découlait de la volonté de ne pas accorder aux membres de la GRC tous les droits prévus par la *LRTFP* et de ne pas leur donner accès aux réparations particulières qu'elle contient. On ne saurait non plus conclure, en l'espèce, que l'exclusion a pour effet de porter atteinte à la liberté d'association ou d'expression en encourageant des acteurs gouvernementaux à se livrer à des pratiques déloyales de travail, parce que de telles pratiques sont interdites en vertu de la liberté d'association garantie par la *Charte*. Tant les sources intrinsèques que les sources extrinsèques sont admissibles et importantes pour déterminer l'objet et les effets d'une mesure législative.

Enfin, l'existence d'une violation du par. 15(1) de la *Charte* n'a pas été démontrée en l'espèce. Il n'a pas été établi que, prise dans son contexte, cette distinction législative indique que les membres de la GRC ont moins de valeur ou encore sont moins utiles ou moins dignes de considération que les autres fonctionnaires.

*Les juges Cory et Iacobucci (dissidents):* Le présent pourvoi ne porte ni sur le droit de faire la grève ni sur celui de négocier collectivement. Il s'agit en l'espèce de savoir si la mesure législative en cause porte atteinte à la liberté fondamentale des employés de s'associer de façon informelle pour défendre leurs intérêts communs en tant qu'employés. Il ressort nettement de la jurisprudence de notre Cour que l'al. 2d) de la *Charte* protège cette liberté. La liberté d'association revêt une importance fondamentale dans une société démocratique. La capacité des employés, qui constituent un groupe vulnérable dans notre société, de former une association d'employés et d'y adhérer a un lien décisif avec leur

employee associations will thus clearly infringe s. 2(d) of the *Charter*.

The immediate result of para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* is that members of the RCMP are excluded from the application of the *PSSRA*, and thus are denied the statutory protections it extends, in particular the basic right set out in s. 6 to participate in an employee organization and the basic prohibitions against unfair labour practices set out in ss. 8 and 9. No other statute provides these statutory protections to RCMP members. Members of the RCMP are literally singled out for different treatment. The key consideration in examining Parliament’s purpose in excluding members of the RCMP from the *PSSRA* is the reason for the decision to exclude. If Parliament’s purpose in excluding a particular employee group from a labour statute was anti-associational, this is impermissible in light of s. 2(d) of the *Charter*. In the present appeal, therefore, the express exclusion of RCMP members from the *PSSRA* raises the possibility that the exclusion has an invalid purpose. In light of the presumption of constitutionality, this possible interpretation of legislative purpose is to be eschewed unless there is evidence showing on a balance of probabilities that it is the probable purpose.

This is one of those rare cases in which Parliament’s purpose in enacting a legislative provision must be found to infringe the *Charter*. Parliament’s purpose in enacting para. (e) was to ensure that individual RCMP members remained vulnerable to management interference with their associational activities, in order to prevent the undesirable consequences which it was feared would result from RCMP labour associations — the perceived threat of a divided loyalty among RCMP members. The perception which informed the imposition of these restrictions was that RCMP members might disobey superior orders if they were both union members and members of a quasi-military institution, and would be unable to exercise their duties impartially and effectively in controlling the illegal acts of other workers, or indeed in the event of their own labour unrest. The invalid purpose of para. (e) is apparent from numerous sources regarding the provision’s legislative history and the context of its enactment, including, most notably: the executive orders implementing the long-standing federal government policy of preventing RCMP unionization; the authoritative statements regarding the purpose of para. (e); and the respondent Crown’s

bien-être sur les plans économique et émotionnel. Une loi qui a pour objet ou pour effet d’entraver la formation d’associations d’employés contrevient donc manifestement à l’al. 2d) de la *Charte*.

L’alinéa e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *LRTFP* a pour résultat immédiat de soustraire les membres de la GRC à l’application de la *LRTFP*, qui se voient ainsi privés des protections qu’elle accorde, notamment le droit essentiel, énoncé à l’art. 6, de participer aux activités d’une organisation syndicale, ainsi que les interdictions essentielles de pratiques déloyales de travail, énoncées aux art. 8 et 9. Aucune autre loi n’offre ces protections aux membres de la GRC. Ceux-ci se voient littéralement réserver un traitement différent. Le principal élément à considérer, en examinant l’objet visé par le législateur en excluant les membres de la GRC du régime de la *LRTFP*, est la raison de la décision d’exclure. Si l’objet visé par le législateur en excluant un groupe d’employés particulier du régime d’une loi en matière de travail était d’empêcher la formation d’associations, il est inacceptable compte tenu de l’al. 2d) de la *Charte*. Dans le présent pourvoi, l’exclusion explicite des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* soulève donc la possibilité que l’objet de l’exclusion soit invalide. Compte tenu de la présomption de constitutionnalité, cette interprétation possible de l’objectif législatif doit être évitée à moins qu’il n’existe une preuve établissant, selon la prépondérance des probabilités, que tel est l’objet probable.

La présente affaire est l’un des rares cas où il faut conclure que l’objet que le législateur visait en adoptant une disposition législative viole la *Charte*. En adoptant l’al. e), le législateur a voulu assurer que les membres de la GRC, pris individuellement, restent vulnérables à l’ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qui, craignait-on, résulteraient des associations d’employés de la GRC — la menace apparente de conflit de loyautés chez les membres de ce corps policier. L’idée qui sous-tendait l’imposition de ces restrictions était que les membres de la GRC pourraient éventuellement désobéir aux ordres de leurs supérieurs s’ils étaient à la fois membres d’un syndicat et d’une institution quasi militaire, et qu’ils seraient incapables d’exercer leurs fonctions de manière impartiale et efficace lorsque viendrait le temps de réprimer les actes illégaux d’autres travailleurs ou, à plus forte raison, en cas de conflit de travail les touchant. L’objet invalide de l’al. e) ressort de nombreuses sources concernant l’historique législatif de cette disposition et le contexte dans lequel elle a été adoptée, y compris, plus particulièrement, les décrets mettant en œuvre la politique de longue date du gouver-

submissions and the opinions expressed in its expert reports in these proceedings. In fact, the respondent has, in its submissions and expert evidence adduced at trial, conceded that Parliament's purpose was anti-associational. It is also particularly significant that no evidence has been presented which suggests that one of the other possible alternative purposes was Parliament's actual purpose.

Lastly, a court may, where appropriate, look to the effects of legislation for assistance in inferring the legislation's purpose. In particular, where the effects of the impugned legislation are contrary to the invalid purpose alleged by the *Charter* claimant, a court should weigh the evidence carefully before concluding that the purpose is indeed invalid. Here, no evidence was adduced that the legislation has beneficial effects for RCMP members. Rather, RCMP members continue to be subject to practices that would likely be enjoined as unfair labour practices under the *PSSRA*.

The issue of positive obligations and entitlements does not arise in this appeal. The appellant's claim is not premised upon the view that Parliament is obligated to protect him against management interference, or to promote the formation of member associations. It is the invalid purpose of para. (e), and not an assertion of positive entitlements, that is the foundation for his claim.

Paragraph (e) meets the first stage of the s. 1 inquiry. Notwithstanding its more specific, impermissible purpose, para. (e)'s general legislative goal of assuring a stable national police force is sufficiently important to justify overriding a constitutionally protected freedom. Where impugned legislation has two objectives, one of which is pressing and substantial in a free and democratic society, while the other is contrary to the *Charter*, the legislation will satisfy the first stage of the s. 1 inquiry. It is more in keeping with the overall framework of the s. 1 inquiry to consider the existence of the second, invalid purpose as one element of the context underlying the proportionality analysis at the second stage of s. 1 inquiry.

Paragraph (e) does not meet the second stage of the s. 1 inquiry and thus does not constitute a reasonable

nement fédéral consistant à empêcher la syndicalisation de la GRC, les énoncés concluants au sujet de l'objet de l'al. e), ainsi que les arguments de l'intimé et les opinions exprimées dans les rapports d'expert qu'il a déposés en l'espèce. En fait, l'intimé a, dans son argumentation et la preuve d'expert présentées au procès, admis que l'objet visé par le législateur était d'empêcher la formation d'associations. Il est aussi particulièrement révélateur que l'on n'ait soumis aucune preuve indiquant que l'un des autres objets possibles était celui réellement visé par le législateur.

Enfin, une cour peut, lorsque cela est indiqué, se référer aux effets d'une mesure législative pour en déduire l'objet. En particulier, lorsque les effets de la mesure législative contestée sont contraires à l'objet invalide allégué par l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte*, la cour devrait évaluer soigneusement la preuve avant de conclure que cet objet est vraiment invalide. En l'espèce, on n'a soumis aucune preuve que la mesure législative en cause a des effets bénéfiques pour les membres de la GRC. Ceux-ci continuent plutôt d'être assujettis à des pratiques qui seraient probablement interdites, à titre de pratiques déloyales de travail, par la *LRTFP*.

La question des obligations et droits positifs ne se pose pas dans le présent pourvoi. La demande de l'appellant n'est pas fondée sur l'opinion que le législateur est tenu de le protéger contre l'intervention de la direction, ou de promouvoir la formation d'associations de membres. C'est l'objet invalide de l'al. e), et non pas la revendication de droits positifs, qui constitue le fondement de sa demande.

L'alinéa e) satisfait à la première étape de l'examen fondé sur l'article premier. En dépit de l'objet inacceptable plus particulier de l'al. e), son objectif général de maintenir un corps policier national stable est suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la Constitution. Si une mesure législative contestée a deux objectifs, dont l'un est urgent et réel dans le cadre d'une société libre et démocratique, et l'autre contraire à la *Charte*, cette mesure législative satisfait à la première étape de l'examen fondé sur l'article premier. Il est plus conforme au cadre général de l'examen fondé sur l'article premier de considérer l'existence du deuxième objectif, qui est celui-là invalide, comme faisant partie du contexte qui sous-tend l'analyse de la proportionnalité, à la deuxième étape de l'examen fondé sur l'article premier.

L'alinéa e) ne satisfait pas à la deuxième étape de l'examen fondé sur l'article premier et ne constitue donc

limit upon freedom of association. The rational connection component of the proportionality test is not satisfied. Some of the evidence adduced does not support a causal link between the legislative objective and the means used to achieve that objective. Rather, this evidence supports the reverse conclusion that the means chosen engender the very mischief sought to be cured: the exclusion of RCMP members from the entirety of the *PSSRA* to secure a stable national police may actually contribute to the very labour unrest sought to be avoided. Since it is equally probable that para. (e) causes the very social harm it purports to target, at least in these limited circumstances, the respondent has not established a rational link between excluding RCMP members from the entirety of the *PSSRA* and securing a stable and reliable RCMP. If the rational connection component of the proportionality analysis under s. 1 is to have any role to play, it must at least be in circumstances such as these, where the state seeks to infringe *Charter* freedoms in a context where doing so may exacerbate the social ill sought to be cured.

Even if the respondent had established a rational connection, para. (e) fails the minimal impairment component of the proportionality test. While, in many if not most cases, it will be found appropriate to defer to the legislature in its determination of how best to strike the delicate balance among labour, management, and public interests, deference does not equate to a negation of constitutional analysis, nor is deference necessarily appropriate in all cases. Here, an analysis of the contextual factors relevant to the question of appropriate deference leads to the conclusion that none of them favours an exercise of deference to the legislature. First, the complete exclusion of a class of employees from a comprehensive labour relations scheme can hardly be characterized as achieving a delicate balance among the interests of labour, management and the Canadian public. Second, para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* is not designed to protect a vulnerable group in Canadian society. While it is true that the public at large is vulnerable to the harmful effects of a police strike, the general public is not a vulnerable group in the sense understood in this Court’s s. 1 jurisprudence. Third, since the evidentiary record lends some support to the view that the remedy chosen by Parliament to secure a stable national police force may actually contribute to the very labour unrest sought to be avoided, it is inappropriate to defer to the legislature’s

pas une limite raisonnable à la liberté d’association. On ne satisfait pas à l’élément du lien rationnel que comporte le critère de la proportionnalité. Une partie de la preuve soumise n’étaye pas l’existence d’un lien de causalité entre l’objectif législatif en cause et les moyens employés pour l’atteindre. Elle appuie plutôt la conclusion contraire, à savoir que les moyens choisis causent le mal même auquel on cherche à remédier: l’exclusion des membres de la GRC de l’ensemble du régime de la *LRTFP* dans le but de maintenir un corps policier national stable peut, en réalité, contribuer à créer les conflits de travail que l’on cherche justement à éviter. Vu qu’il est tout aussi probable que l’al. e) cause le préjudice social même auquel il est censé s’attaquer, tout au moins dans ces circonstances limitées, l’intimé n’a pas établi l’existence d’un lien rationnel entre l’exclusion des membres de la GRC de l’ensemble de la *LRTFP* et le maintien d’une GRC stable et fiable. Si le lien rationnel examiné dans le cadre de l’analyse de la proportionnalité fondée sur l’article premier doit avoir un rôle à jouer, ce doit être au moins dans des cas comme la présente affaire où l’État cherche à porter atteinte à des libertés garanties par la *Charte* dans un contexte où cette façon d’agir risque d’aggraver le préjudice social auquel on cherche à remédier.

Même si l’intimé avait établi l’existence d’un lien rationnel, l’al. e) ne satisfait pas à l’élément de l’atteinte minimale que comporte le critère de la proportionnalité. Même si dans bien des cas, voire la plupart des cas, on jugera opportun de s’en remettre au législateur pour ce qui est de déterminer la meilleure façon d’atteindre l’équilibre fragile entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public, la retenue judiciaire n’est pas un refus de procéder à une analyse fondée sur la Constitution et n’est pas non plus nécessairement appropriée dans tous les cas. L’analyse des facteurs contextuels applicables à la question de l’opportunité de la retenue judiciaire mène à la conclusion qu’aucun de ceux-ci ne favorise, en l’espèce, la retenue judiciaire envers le législateur. En premier lieu, on ne saurait guère affirmer que l’exclusion totale d’une catégorie d’employés d’un régime complet de relations du travail établit un équilibre délicat entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public canadien. En deuxième lieu, l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *LRTFP* n’est pas conçu pour protéger un groupe vulnérable dans la société canadienne. Même s’il est vrai qu’il est vulnérable aux effets préjudiciables d’une grève de la police, le public en général n’est pas un groupe vulnérable au sens de la jurisprudence de notre Cour relative à l’article premier. En troisième lieu, vu que la preuve soumise

choice. A more rigorous examination of the issue of justification is called for. Finally, in light of the importance of employee associations within Canadian society, the social and moral value of the activity suppressed by para. (e) is very high and does not warrant a deferential approach in analyzing possible justifications for para. (e).

The exclusion of RCMP members from the entirety of the *PSSRA* does not impair the appellant's freedom of association as little as reasonably possible in order to achieve the legislation's objective. The current law is not carefully tailored to balance the *Charter* freedoms of RCMP members and the societal interest in effective policing. The same government policy could be achieved through a statutory approach that is not nearly as restrictive of basic *Charter* freedoms, by limiting the ability of RCMP members to bargain collectively. By sanctioning the freedom of RCMP members to form an association or union, Parliament would be following the example set by provincial legislatures across Canada and in many comparable foreign jurisdictions. Parliament would be acting in a manner that is consistent with Canada's international commitment to protect freedom of association.

While it is unnecessary to consider the third component of the proportionality test, it is unlikely in any event that para. (e) would be found proportionate at this stage of the inquiry. The exclusion of RCMP members from the *PSSRA*'s basic associational protections has few, if any, demonstrable salutary effects which could not be achieved by a lesser exclusion. Its negative effects, on both a symbolic and a practical level, are severe and cut to the core of the *Charter*'s s. 2(d) protection.

The appropriate remedy in this case to bring an end to the interference sanctioned by para. (e) in relation to basic associational efforts by RCMP members would be to strike it down as being contrary to the *Charter*. In light of the importance of ensuring that members of the RCMP are not permitted to strike, the declaration of

appuie dans une certaine mesure l'opinion que la mesure réparatrice choisie par le législateur pour maintenir un corps policier national stable peut, en réalité, contribuer à créer les conflits de travail que l'on cherche justement à éviter, il n'est pas opportun de s'en remettre au choix du législateur. Il faut se livrer à un examen plus rigoureux de la question de la justification. Enfin, compte tenu de l'importance des associations d'employés dans la société canadienne, la valeur sociale et morale de l'activité réprimée par l'al. e) est très élevée et ne justifie pas l'adoption d'une méthode fondée sur la retenue judiciaire pour analyser les justifications possibles de cet alinéa.

L'exclusion des membres de la GRC de l'ensemble du régime de la *LRTFP* ne restreint pas la liberté d'association de l'appelant aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire afin de réaliser l'objectif de la mesure législative en cause. La loi actuelle n'est pas soigneusement adaptée pour établir un équilibre entre les libertés que la *Charte* garantit aux membres de la GRC et l'intérêt qu'a la société à disposer d'un service de police efficace. La même politique gouvernementale pourrait être mise en œuvre au moyen d'une approche législative qui ne restreindrait pas autant les libertés fondamentales garanties par la *Charte*, en limitant la capacité des membres de la GRC de négocier collectivement. En sanctionnant la liberté des membres de la GRC de former une association ou un syndicat, le Parlement suivrait l'exemple donné par les législatures provinciales au Canada et par plusieurs ressorts étrangers comparables. Il agirait d'une manière conforme à l'engagement international du Canada de protéger la liberté d'association.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'étudier le troisième élément du critère de la proportionnalité, il est de toute façon peu probable que l'al. e) serait jugé proportionnel à cette étape de l'examen. L'exclusion des membres de la GRC de l'application des protections fondamentales en matière d'association que confère la *LRTFP* a peu ou n'a pas d'effets bénéfiques démontrables qui ne pourraient pas exister au moyen d'une exclusion moins draconienne. Ses effets négatifs, tant sur le plan symbolique que sur le plan concret, sont graves et touchent au cœur même de la protection conférée par l'al. 2d) de la *Charte*.

Pour mettre fin à l'ingérence, sanctionnée par l'al. e), dans les tentatives des membres de la GRC d'exercer des droits fondamentaux en matière d'association, la réparation appropriée en l'espèce consisterait à le déclarer invalide pour le motif qu'il est contraire à la *Charte*. Compte tenu de l'importance de s'assurer que les

para. (e)'s invalidity should be suspended for one year, to allow amending legislation to be passed if Parliament sees fit to do so.

In light of the finding with respect to the appellant's s. 2(d) claim, it is unnecessary to address ss. 2(b) and 15(1) of the *Charter*. Similarly, in light of the finding regarding the *PSSRA*, no comment is made as to the constitutional validity of s. 6 of the *Canada Labour Code*.

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Applied:** *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; **referred to:** *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

By Cory and Iacobucci JJ. (dissenting)

*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Atkins v. City of Charlotte*, 296 F. Supp. 1068 (1969); *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *McKinney v.*

membres de la GRC ne puissent pas faire la grève, il y a lieu de suspendre pour un an la déclaration d'invalidité de l'al. e) afin de permettre au Parlement d'adopter une loi modificative s'il le juge nécessaire.

Vu la conclusion tirée relativement à la demande de l'appelant fondée sur l'al. 2d), il n'est nécessaire d'aborder ni l'al. 2b) ni le par. 15(1) de la *Charte*. De même, en raison de la conclusion concernant la *LRTFP*, aucun commentaire n'est fait sur la constitutionnalité de l'art. 6 du *Code canadien du travail*.

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts appliqués:** *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; **arrêts mentionnés:** *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

Citée par les juges Cory et Iacobucci (dissidents)

*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Atkins c. City of Charlotte*, 296 F. Supp. 1068 (1969); *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*,

*University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Delisle v. Royal Canadian Mounted Police Commissioner* (1990), 39 F.T.R. 217; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Amalgamated Utility Workers (C.I.O.) v. Consolidated Edison Co. of New York*, 309 U.S. 261 (1940); *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945); *Lontine v. VanCleave*, 483 F.2d 966 (1973).

### Statutes and Regulations Cited

Cal. Gov't Code § 3508 (West 1995).  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 6 [formerly s. 109(4)], 8, 94 [am. 1998, c. 26, s. 42], 96.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), (d), 15(1), 32(1).  
 Code of Conduct, SOR/88-361, Part III, ss. 39 [am. SOR/94-219, s. 15], 41.  
*Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)* [made pursuant to s. 21(2) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10], s. 3(2).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Convention (No. 87) Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize*, 67 U.N.T.S. 17, Arts. 2, 3.  
*Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, Art. 22(2).  
*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, Art. 8.

[1991] 2 R.C.S. 211; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Delisle c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada* (1990), 39 F.T.R. 217; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Amalgamated Utility Workers (C.I.O.) c. Consolidated Edison Co. of New York*, 309 U.S. 261 (1940); *Thomas c. Collins*, 323 U.S. 516 (1945); *Lontine c. VanCleave*, 483 F.2d 966 (1973).

### Lois et règlements cités

Cal. Gov't Code § 3508 (West 1995).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), d), 15(1), 32(1).  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6 [auparavant art. 109(4)], 8, 94 [mod. 1998, ch. 26, art. 42], 96.  
 Code de déontologie, DORS/88-361, partie III, art. 39 [mod. DORS/94-219, art. 15], 41.  
*Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* [adoptées en vertu de l'art. 21(2) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10], art. 3(2).  
*Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 67 R.T.N.U. 17, art. 2, 3.  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 23(4).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi sur les relations de travail au Parlement*, L.R.C. (1985), ch. 33 (2<sup>e</sup> suppl.).

- Mich. Stat. Ann. § 17.455(2) (Supp. 1999).  
 N.Y. Civil Service Law § 200 (Consol. 1995).  
*Parliamentary Employment and Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. 33 (2nd Supp.).  
*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e), “employee organization”, 6, 8(1), (2), 9(1), 28, 35, 37, 41, 91.  
*Rules and Regulations for the Government and Guidance of the Royal Canadian Mounted Police Force of Canada*, (1945) 79 *Canada Gazette* 1577, s. 31(a).  
 Tex. Loc. Gov’t Code Ann. §§ 143.303, 174.002 (West Supp. 1999).  
*Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 23(4).  
 Va. Code Ann. § 40.1-57.2 (Michie 1994).
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e), «organisation syndicale», 6, 8(1), (2), 9(1), 28, 35, 37, 41, 91.  
*Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, ch. 54.  
 Mich. Stat. Ann. § 17.455(2) (Supp. 1999).  
 N.Y. Civil Service Law § 200 (Consol. 1995).  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 22(2).  
*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 8.  
*Rules and Regulations for the Government and Guidance of the Royal Canadian Mounted Police Force of Canada*, (1945) 79 *Gazette du Canada* 1577, art. 31a).  
 Tex. Loc. Gov’t Code Ann. §§ 143.303, 174.002 (West Supp. 1999).  
 Va. Code Ann. § 40.1-57.2 (Michie 1994).

#### Authors Cited

- Canada. Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service. Report. Ottawa: Queen’s Printer, July 1965.  
 Clark, Gerald. “What Happens When The Police Strike”, in Richard M. Ayres and Thomas L. Wheelan, eds., *Collective Bargaining in the Public Sector: Selected Readings in Law Enforcement*. Gaithersburg, Md.: International Association of Chiefs of Police, 1977, 401.  
 Conference on Security and Co-operation in Europe. Concluding Document of the Madrid Meeting, 1983, 22 I.L.M. 1398.  
*Corpus Juris Secundum*, vol. 51. Brooklyn, N.Y.: American Law Book, 1967.  
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.  
 Fisher, E. G., and Starek, Henry. “Police Bargaining in Canada: Private Sector Bargaining, Compulsory Arbitration, and Mediation-Arbitration in Vancouver” (1978), 2 *Canadian Police College Journal* 133.  
 Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Toronto: Carswell, 1986.  
 Howard, George. *Guardians of the Queen’s Peace*. London: Odhams Press, 1953.  
 Royal Canadian Mounted Police. *The Royal Canadian Mounted Police and Unionization*, vol. I, part I, “An Historical Perspective on the R.C.M.P. and Protection of the National Interest: Responsibility Precluding Unionization”, research paper prepared by William Beahen, October 1987.

#### Doctrine citée

- Canada. Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique. Rapport. Ottawa: Imprimeur de la Reine, juillet 1965.  
 Clark, Gerald. «What Happens When The Police Strike», in Richard M. Ayres and Thomas L. Wheelan, eds., *Collective Bargaining in the Public Sector: Selected Readings in Law Enforcement*. Gaithersburg, Md.: International Association of Chiefs of Police, 1977, 401.  
 Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe. Document de clôture de la réunion de Madrid, 1983, 22 I.L.M. 1398.  
*Corpus Juris Secundum*, vol. 51. Brooklyn, N.Y.: American Law Book, 1967.  
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.  
 Fisher, E. G., et Starek, Henry. «Négociations chez les corps policiers du Canada: Négociations dans le secteur privé, arbitrage obligatoire et médiation-arbitrage à Vancouver» (1978), 2 *Journal du Collège canadien de police* 151.  
 Gendarmerie royale du Canada. *The Royal Canadian Mounted Police and Unionization*, vol. I, part I, «An Historical Perspective on the R.C.M.P. and Protection of the National Interest: Responsibility Precluding Unionization», research paper prepared by William Beahen, October 1987.  
 Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Toronto: Carswell, 1986.  
 Howard, George. *Guardians of the Queen’s Peace*. London: Odhams Press, 1953.

Weiler, Paul C. "The Charter at work: Reflections on the constitutionalizing of labour and employment law" (1990), 40 *U.T.L.J.* 117.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] R.J.Q. 386, 144 D.L.R. (4th) 301, [1997] Q.J. No. 189 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1990] R.J.Q. 234. Appeal dismissed, Cory and Iacobucci JJ. dissenting.

*James R. K. Duggan*, for the appellant.

*Claude Joyal, Raymond Piché, Michel Pépin, Winston Fogarty and Stéphane Perrault*, for the respondent.

*Andrew Raven and David Yazbeck*, for the intervenor the Public Service Alliance of Canada.

*Julius H. Grey and Valérie Marcas*, for the intervenor the Canadian Police Association.

*Howard Goldblatt and Vanessa Payne*, for the intervenor the Ontario Teachers' Federation.

*Steven Barrett and Vanessa Payne*, for the intervenor the Canadian Labour Congress.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have had the advantage of reading the joint reasons of Justices Cory and Iacobucci, as well as those of Justice Bastarache. I agree with Bastarache J. that the appeal should be dismissed, and I am in general agreement with his reasons. In my opinion, given the manner in which the appellant has presented his claim, he has not shown that the exclusion of RCMP members from the legislative scheme of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 ("PSSRA"), violates his *Charter* rights by impeding or preventing the formation of an independent employee association.

The appellant argued that because of the exclusion from the legislation, he is denied protection

Weiler, Paul C. «The Charter at work: Reflections on the constitutionalizing of labour and employment law» (1990), 40 *U.T.L.J.* 117.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1997] R.J.Q. 386, 144 D.L.R. (4th) 301, [1997] A.Q. n° 189 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1990] R.J.Q. 234. Pourvoi rejeté, les juges Cory et Iacobucci sont dissidents.

*James R. K. Duggan*, pour l'appellant.

*Claude Joyal, Raymond Piché, Michel Pépin, Winston Fogarty et Stéphane Perrault*, pour l'intimé.

*Andrew Raven et David Yazbeck*, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

*Julius H. Grey et Valérie Marcas*, pour l'intervenante l'Association canadienne des policiers.

*Howard Goldblatt et Vanessa Payne*, pour l'intervenante la Fédération des enseignantes et des enseignants de l'Ontario.

*Steven Barrett et Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs conjoints des juges Cory et Iacobucci, ainsi que de ceux du juge Bastarache. Je partage l'opinion du juge Bastarache qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi, et je souscris de manière générale à ses motifs. J'estime que, de la façon dont l'appellant a présenté sa demande, il n'a pas démontré que l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 («LRTFP»), porte atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, en empêchant ou en entravant la formation d'une association d'employés indépendante.

L'appellant a prétendu que l'exclusion du régime de la mesure législative en cause a pour effet de le

against unfair labour practices, and that the management of the RCMP is therefore permitted to design structures and rules, or carry out practices that interfere with the formation of independent employee associations. His counsel specifically stated that he was asking for no more than the right to access to the protections against employer interference contained within the *PSSRA*.

3

I agree with Bastarache J. that because the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to RCMP management pursuant to s. 32 of the *Charter*, any actions, regulations or rules that, in purpose or effect, interfere with RCMP members' ability to form an employee association would violate s. 2(d) of the *Charter*, and may be challenged under a constitutional claim. The protections contained in ss. 6, 8 and 9 of the *PSSRA* are therefore mirrored in the *Charter's* guarantee of freedom of association, when the employer is part of government. In addition, because s. 2(d) guarantees the collective exercise of rights that are lawful for individuals, subject to s. 1 of the *Charter*, RCMP management cannot refuse to recognize the right of an employee to be represented by an employee association in lawful dealings with the employer. I would add that existing jurisprudence of labour boards on unfair labour practices may be of great assistance to a court in evaluating claims and determining the appropriate remedies when it is alleged, under s. 2(d), that government policies or practices interfere with the formation or maintenance of employee associations. Essential to resolving this appeal is the fact that the appellant already has the rights that he requests, through the guarantee of freedom of association in the *Charter*.

4

As explained by Cory and Iacobucci JJ., actions to discourage or prevent employee associations within the RCMP have a long history. The passage of the *Charter* with its guarantee of freedom of association, however, means that such actions are no longer lawful. In my view, if challenges to practices, regulations, or structures such as the

priver de protection contre les pratiques déloyales de travail, et qu'il est donc permis à la direction de la GRC de concevoir des structures et des règles ou de se livrer à des pratiques qui nuisent à la formation d'associations d'employés indépendantes. Son avocat a précisé qu'il ne réclamait rien de plus que le droit de bénéficier des protections que la *LRTFP* accorde contre l'ingérence de l'employeur.

Je suis d'accord avec le juge Bastarache que, puisque la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à la direction de la GRC conformément à l'art. 32 de la *Charte*, toute mesure, tout règlement ou toute règle qui a pour objet ou pour effet d'empêcher les membres de la GRC de former une association d'employés contrevient à l'al. 2d) de la *Charte* et peut faire l'objet d'une contestation fondée sur la Constitution. Dans les cas où l'employeur fait partie du gouvernement, les protections prévues aux art. 6, 8 et 9 de la *LRTFP* se reflètent donc dans la liberté d'association garantie par la *Charte*. De plus, étant donné que l'al. 2d) garantit l'exercice collectif des droits que les individus peuvent légalement exercer, sous réserve de l'article premier de la *Charte*, la direction de la GRC ne peut pas refuser de reconnaître le droit d'un employé d'être représenté par une association d'employés dans ses rapports légitimes avec l'employeur. J'ajouterais que la jurisprudence existante des conseils des relations du travail, concernant les pratiques déloyales de travail, peut être fort utile à une cour pour évaluer des demandes et déterminer les réparations appropriées lorsqu'il est allégué, en vertu de l'al. 2d), que des politiques ou pratiques gouvernementales nuisent à la formation ou au maintien d'associations d'employés. Pour trancher le présent pourvoi, il est essentiel de tenir compte du fait que l'appelant possède déjà les droits qu'il réclame, en vertu de la liberté d'association garantie par la *Charte*.

Comme l'expliquent les juges Cory et Iacobucci, les mesures visant à décourager ou à empêcher la formation d'associations d'employés à la GRC ne datent pas d'hier. Toutefois, ces mesures ne sont plus légales en raison de l'adoption de la *Charte* qui garantit la liberté d'association. Selon moi, si des pratiques, des règlements ou

Division Staff Relations Representative Program are made and they are found to contravene s. 2(d), the arguments of Cory and Iacobucci JJ. in relation to s. 1 are convincing.

With respect, I cannot agree with the conclusions of Cory and Iacobucci JJ. in relation to legislative purpose. The evidence presented has not shown, in my view, that RCMP members were excluded from the *PSSRA* for reasons other than that it was felt that this particular regime, which included collective bargaining rights and a particular method for adjudication of grievances and other complaints through the Public Service Staff Relations Board, would be inappropriate for RCMP members. The *Report of the Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service* (1965), in the paragraph before it discusses the reasons for excluding RCMP members from the legislation, states as follows (at p. 27):

The Preparatory Committee believes that steps should be taken to ensure that, with certain specified exceptions, all employees of the Federal Government (defined in the broadest possible terms) have access to a system of collective bargaining. . . . [Emphasis added.]

The report then discusses the reasons for the exclusion of RCMP members from the regime, noting the special nature of their duties. Similarly, the recommendation of the Preparatory Committee in relation to coverage is as follows (at p. 27):

The Preparatory Committee recommends that, with the following exceptions, the Public Service system of collective bargaining and arbitration be made to apply to all elements of the Public Service. . . . [Emphasis added.]

It then lists RCMP members among the exceptions. In my view, therefore, the report does not show that the object of the exclusion was to impede the formation of independent employee associations, but suggests that the exclusion stemmed from a desire not to grant RCMP members all of the rights contemplated by the legisla-

des structures comme le Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles sont contestés et jugés contraires à l'al. 2d), les arguments des juges Cory et Iacobucci concernant l'article premier sont convaincants.

En toute déférence, je ne puis être d'accord avec les conclusions tirées par les juges Cory et Iacobucci quant à l'objectif législatif. À mon avis, la preuve soumise ne démontre pas que la GRC a été exclue du régime de la *LRTFP* pour d'autres raisons que le fait qu'on estimait que ce régime particulier, qui comportait des droits à la négociation collective ainsi qu'un mode déterminé de règlement des griefs et d'autres plaintes par la Commission des relations de travail dans la fonction publique, ne conviendrait pas aux membres de la GRC. Dans le paragraphe qui précède celui qui traite des motifs de l'exclusion de la GRC du régime de la mesure législative en cause, le *Rapport du Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique* (1965) précise ce qui suit (à la p. 28):

Le Comité préparatoire estime qu'il y aurait lieu de prendre des mesures pour que, sauf dans quelques cas d'exception bien déterminés, tous les employés du gouvernement fédéral (au sens le plus large de cette expression) aient accès à un régime de négociations collectives. [Je souligne.]

Le rapport analyse ensuite les motifs de l'exclusion des membres de la GRC du régime, soulignant la nature particulière de leurs fonctions. De même, relativement à l'application du régime, le Comité préparatoire fait la recommandation suivante (à la p. 29):

Le Comité préparatoire recommande que, sous réserve des exceptions qui suivent, le régime de négociations collectives et d'arbitrage de la fonction publique soit applicable à tous les éléments de la fonction publique. . . . [Je souligne.]

Il inclut ensuite les membres de la GRC parmi les exceptions. J'estime donc que le rapport ne démontre pas que l'exclusion visait à empêcher la formation d'associations d'employés indépendantes, mais qu'il indique plutôt que cette exclusion découlait de la volonté de ne pas accorder aux membres de la GRC tous les droits prévus par la

tion and access to the particular remedies contained within it. Nor can I find, in this case, that the effect of the exclusion is to violate freedom of association or expression by encouraging unfair labour practices by government actors, because such practices are prohibited through the guarantee of freedom of association in the *Charter*.

6 I agree with the discussion in the reasons of Cory and Iacobucci JJ. of the importance of freedom of association, and of the inherent vulnerability of workers in the face of management. The unique context of labour relations must always be considered in constitutional claims in this area, and the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment. The contextual approach to *Charter* analysis must also take into account the history of the need for government intervention to make effective the rights of workers to associate together. I agree with my colleagues that both intrinsic and extrinsic sources are admissible and significant in determining legislative purpose and effects, and with their comments on the fact that an invalid purpose is sufficient to find a violation of a *Charter* right.

7 I recognize that in cases where the employer does not form part of government, there exists no *Charter* protection against employer interference. In such a case, it might be demonstrated that the selective exclusion of a group of workers from statutory unfair labour practice protections has the purpose or effect of encouraging private employers to interfere with employee associations. It may also be that there is a positive obligation on the part of governments to provide legislative protection against unfair labour practices or some form of official recognition under labour legislation,

mesure législative en question et de ne pas leur donner accès aux réparations particulières qu'elle contient. Je ne peux pas non plus conclure, en l'espèce, que l'exclusion a pour effet de porter atteinte à la liberté d'association ou d'expression en encourageant des acteurs gouvernementaux à se livrer à des pratiques déloyales de travail, parce que de telles pratiques sont interdites en vertu de la liberté d'association garantie par la *Charte*.

Je souscris aux motifs des juges Cory et Iacobucci quant à leur analyse de l'importance de la liberté d'association et de la vulnérabilité inhérente des travailleurs. Il faut toujours tenir compte du contexte unique des relations du travail lorsqu'il s'agit de demandes fondées sur la Constitution dans ce domaine, et la liberté d'association doit être interprétée en fonction de la nature et de l'importance des associations de travailleurs en tant qu'institutions œuvrant pour l'amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie: l'emploi. De même, l'analyse contextuelle fondée sur la *Charte* doit également tenir compte de la nécessité traditionnelle de l'intervention gouvernementale pour rendre exécutoires les droits d'association des travailleurs. Je suis d'accord avec mes collègues que tant les sources intrinsèques que les sources extrinsèques sont admissibles et importantes pour déterminer l'objet et les effets d'une mesure législative, et je souscris à leurs observations sur le fait que l'existence d'un objet invalide est suffisante pour que l'on puisse conclure à une violation d'un droit garanti par la *Charte*.

Je reconnais que la *Charte* ne fournit aucune protection contre l'ingérence de l'employeur qui ne fait pas partie du gouvernement. Dans un tel cas, il pourrait être démontré que l'exclusion sélective d'un groupe de travailleurs de l'application de protections légales contre les pratiques déloyales de travail a pour objet ou pour effet d'encourager les employeurs du secteur privé à faire obstacle aux associations d'employés. Il se peut également qu'il y ait une obligation positive de la part des gouvernements de fournir une protection législative contre les pratiques déloyales de travail ou une

because of the inherent vulnerability of employees to pressure from management, and the private power of employers, when left unchecked, to interfere with the formation and administration of unions. The majority of this Court held as follows in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1039:

The distinctions between “freedoms” and “rights”, and between positive and negative entitlements, are not always clearly made, nor are they always helpful. One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.

See also *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 361-62, *per* Dickson C.J., dissenting. This case was not argued in a manner that alleged any positive entitlements, and I do not believe that positive government action to include workers in a particular scheme is required when the Constitution itself prohibits the activities that the claimant alleges interfere with his freedom of association and expression.

Finally, I agree that there is no violation of equality rights because a conflict with the purposes of s. 15(1) of the *Charter* has not been demonstrated. It has not been shown that, viewed in context, this legislative distinction suggests that RCMP members are less worthy, valuable, or deserving of consideration than other public servants. In my opinion, because RCMP members do not generally suffer from disadvantage or stereotyping, and it has not been shown that the effect of the distinction is to devalue or marginalize them within Canadian society, no discrimination has been shown. A reasonable person in the position of the claimant would not find his or her human dig-

forme quelconque de reconnaissance officielle en vertu de la législation en matière de travail, en raison de la vulnérabilité inhérente des employés aux pressions exercées par la direction et du pouvoir de nature privée qu'ont les employeurs de nuire à la formation et à l'administration des syndicats, lorsque ce pouvoir n'est pas contrôlé. Notre Cour à la majorité conclut ce qui suit, dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1039:

Les distinctions entre «libertés» et «droits» et entre droits positifs et droits négatifs ne sont pas toujours nettes ni utiles. On ne doit pas s'éloigner du contexte de l'approche fondée sur l'objet énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.

Voir également le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, aux pp. 361 et 362, le juge en chef Dickson, dissident. Dans la présente affaire, on n'a pas allégué l'existence de droits positifs, et je ne crois pas que le gouvernement soit tenu d'agir pour inclure des travailleurs dans un régime particulier lorsque la Constitution elle-même interdit les activités qui, selon le demandeur, portent atteinte à sa liberté d'association et d'expression.

Enfin, je conviens qu'il n'y a aucune violation des droits à l'égalité du fait qu'on n'a pas démontré l'existence d'un conflit avec l'objet du par. 15(1) de la *Charte*. Il n'a pas été établi que, prise dans son contexte, cette distinction législative indique que les membres de la GRC ont moins de valeur ou encore sont moins utiles ou moins dignes de considération que les autres fonctionnaires. À mon avis, puisqu'en général les membres de la GRC ne sont pas désavantagés et ne font pas l'objet de stéréotypes et qu'il n'a pas été démontré que la distinction en cause a pour effet de les dévaloriser ou de les marginaliser dans la société canadienne, l'existence de discrimination n'a pas été

nity violated by the exclusion from the *PSSRA*. However, occupation and working life are often important sources of personal identity, and there are various groups of employees made up of people who are generally disadvantaged and vulnerable. Particular types of employment status, therefore, may lead to discrimination in other cases, and should be recognized as analogous grounds when it has been shown that to do so would promote the purposes of s. 15(1) of preventing discrimination and stereotyping and ameliorating the position of those who suffer social and political disadvantage and prejudice.

9 In the result, I would dismiss the appeal without costs, and answer the constitutional questions as proposed by Bastarache J.

English version of the judgment of Gonthier, McLachlin, Major and Bastarache JJ. delivered by

10 BASTARACHE J. — I have had the benefit of reading the joint reasons of Cory and Iacobucci JJ. I accept their description of the facts and account of the judicial history. Like them, I believe that s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protects RCMP members against any interference by management in the establishment of an employee association. However, this right exists independently of any legislative framework. Respect for freedom of association does not require that the appellant be included in either the regime of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 (“*PSSRA*”), or any other regime, as s. 2(d) of the *Charter* protects the appellant directly against such interference. Accordingly, I am of the view that the appeal must be dismissed.

11 The outcome of the case at bar has largely been determined by the previous decisions of this Court which have defined the concept of freedom of association, guaranteed in s. 2(d) of the *Charter*. The three cases of the 1987 trilogy — *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*,

établie. Une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur ne considérerait pas que l'exclusion du régime de la *LRTFP* porte atteinte à sa dignité en tant qu'être humain. Cependant, le métier et la vie active constituent souvent des sources importantes d'identité personnelle, et divers groupes d'employés sont composés de gens qui sont généralement défavorisés et vulnérables. Certains types d'emploi peuvent donc mener à la discrimination dans d'autres cas, et devraient être reconnus comme étant des motifs analogues lorsqu'il est démontré que cette reconnaissance favoriserait l'objectif du par. 15(1), qui est d'empêcher la discrimination et les stéréotypes, et d'améliorer la situation des gens qui souffrent de désavantages et de préjugés sociaux et politiques.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge Bastarache.

Le jugement des juges Gonthier, McLachlin, Major et Bastarache a été rendu par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai eu l'avantage de lire les motifs conjoints des juges Cory et Iacobucci. J'adopte leur description des faits ainsi que leur historique des procédures. Tout comme eux, je suis d'avis que l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* protège les membres de la GRC contre toute ingérence de la direction dans la formation d'une association de travailleurs. Cependant, ce droit existe en dehors de tout cadre législatif. Le respect de la liberté d'association n'exige pas que l'appelant soit admis au régime de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 («*LRTFP*»), ni à aucun autre régime, puisque l'al. 2d) de la *Charte* protège directement l'appelant contre de tels abus. En conséquence, je suis d'avis que le pourvoi doit être rejeté.

Le résultat du présent litige est en grande partie déterminé par les décisions précédentes de cette Cour qui ont défini le concept de la liberté d'association, garantie à l'al. 2d) de la *Charte*. Les arrêts de 1987 formant la «trilogie», *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*,

[1987] 1 S.C.R. 313, *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460 — are especially determinative of this issue as they explore the concept in the labour relations context. In a recent decision, *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, this Court had the opportunity to confirm its position. In that case, the majority of the Court cited with approval at para. 112 the following excerpt from the reasons of Sopinka J., which was taken from *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367, at p. 402:

... first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals.

The appellant's main argument is that para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA*, which excludes members of the Royal Canadian Mounted Police (the "RCMP") from the regime created by the Act, infringes his freedom of association. As we have just seen, considering that only the establishment of an independent employee association and the exercise in association of the lawful rights of its members are protected under s. 2(d) of the *Charter*, it must be determined in the instant case whether the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* regime breaches certain specific aspects of freedom of association.

I. Does the Exclusion of RCMP Members from the Statutory Regime of the *PSSRA* Contravene s. 2(d) of the *Charter*?

The appellant made reference to the purpose of the Act at para. 100 of his factum, where he stated that the purpose of the *PSSRA* is to prevent the establishment of a union for the RCMP. He did not address this issue in his oral argument. In my view, there is no doubt that he did not discharge his

[1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, sont particulièrement déterminants sur ce point puisqu'ils explorent ce concept dans le cadre des relations du travail. Dans une décision récente, *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, notre Cour a eu l'occasion de réaffirmer sa position. La majorité de la Cour y a cité avec approbation, au par. 112, le passage suivant des motifs du juge Sopinka, tiré de la p. 402 de l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367:

... premièrement, l'al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; deuxièmement, l'al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association; troisièmement, l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits légitimes des individus.

La principale prétention de l'appelant est que l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» contenue à l'art. 2 de la *LRTFP* qui exclut les membres de la Gendarmerie royale du Canada (la «GRC») du régime créé par cette loi porte atteinte à sa liberté d'association. Considérant, comme nous venons de le voir, que seuls la formation d'une association indépendante de travailleurs et l'exercice collectif des droits légitimes de ses membres sont protégés par l'al. 2d) de la *Charte*, il faut examiner en l'espèce si l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* porte atteinte à certains aspects spécifiques de la liberté d'association.

I. L'exclusion des membres de la GRC du régime législatif de la *LRTFP* viole-t-elle l'al. 2d) de la *Charte*?

L'appelant a fait référence à l'objet de la loi au par. 100 de son mémoire, où il affirme que l'objet de la *LRTFP* est d'empêcher la formation d'une organisation syndicale (a union) pour la GRC. Il n'a pas débattu cette question dans sa plaidoirie orale. Il ne fait aucun doute, à mon avis, qu'il ne

burden of proving the unconstitutionality of the purpose of the Act, if that is his contention. As we will see later, the appellant chose instead to attempt to establish the unconstitutionality of the Act in its effects.

14

Inspired, no doubt, by the dichotomy which is typical of human rights case law, this Court made a distinction in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, between unconstitutionality which is the direct result of the purpose of the legislation and that which is the indirect result of the effects of the legislation. In most cases, a direct violation is obvious. There are certain cases, however, when the true purpose of the legislation may be determined only after a detailed examination of much intrinsic and extrinsic evidence. In *Big M Drug Mart*, Dickson J. proposed an analysis of the purpose of the legislation, to be followed by an analysis of its effects only if the Court found the purpose of the statute valid. Wilson J. recommended the opposite approach in order to lessen the burden on the plaintiff and to place the emphasis on the effects of the legislation, which is appropriate in *Charter* cases. In any event, the difference between the two approaches does not seem to have had much impact, as Professor Dale Gibson indicates in *The Law of the Charter: General Principles* (1986), at p. 55. The important thing is to verify all aspects of the government action to ensure total compliance with the *Charter*.

15

In the instant case, Cory and Iacobucci JJ. have found para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* to be invalid in its purpose. I will consider their arguments, and then speak to the appellant’s submissions with respect to the issue of effects. Just before turning to the purpose of the exclusion, I would like to point out that there is an important relationship between the purpose and the effects of a statute. On this issue, Dickson J. said in *Big M Drug Mart* at p. 331:

Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation’s object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects

s’est pas déchargé du fardeau qui lui incombe de prouver l’inconstitutionnalité de l’objet de la loi, si telle est sa prétention. Comme nous le verrons plus loin, l’appelant a plutôt choisi de chercher à établir l’inconstitutionnalité de la loi en raison de ses effets.

Empruntant sans doute la dichotomie qui caractérise la jurisprudence en matière des droits de la personne, notre Cour a fait, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, une distinction entre l’inconstitutionnalité résultant directement de l’objet de la loi et l’inconstitutionnalité résultant indirectement des effets de la loi. Le plus souvent, la violation directe est apparente. Il existe cependant des cas où l’objet véritable de la loi ne peut être connu qu’après un examen détaillé d’un grand nombre d’éléments de preuve intrinsèques et extrinsèques. Dans *Big M Drug Mart*, le juge Dickson favorise une analyse des objets de la loi, suivie d’une analyse de ses effets seulement si la Cour conclut que l’objet de la loi est valide. Le juge Wilson favorise la démarche inverse de façon à réduire le fardeau du demandeur et à mettre l’accent sur les effets de la loi, ce qui est approprié dans une cause portant sur la *Charte*. À tout événement, la différence entre les deux démarches ne semble pas avoir une grande importance, comme le souligne le professeur Dale Gibson dans *The Law of the Charter: General Principles* (1986), à la p. 55. Ce qui est important, c’est de vérifier tous les aspects de l’action gouvernementale afin d’assurer le respect intégral de la *Charte*.

Dans la présente affaire, les juges Cory et Iacobucci ont conclu à l’invalidité de l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» contenue à l’art. 2 de la *LRTFP* en raison de son objet. Je vais traiter de leurs arguments, puis j’aborderai la question des effets que fait valoir l’appelant. Avant de passer directement à l’objet de l’exclusion, je voudrais néanmoins souligner qu’il y a un lien important entre l’objet et les effets de la loi. Le juge Dickson disait, en effet, à la p. 331 de l’arrêt *Big M Drug Mart*:

L’objet et l’effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s’est souvent référé aux effets

have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity.

Later, at p. 333, he added:

In any event, I would find it difficult to conceive of legislation with an unconstitutional purpose, where the effects would not also be unconstitutional.

The relationship typical of the purpose and effects of legislation is also the subject of the following passage from *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991) by Professor P.-A. Côté, at p. 314:

The distinction between intention as meaning and intention as goal is fundamental. The concepts are not the same, although they nevertheless interact. The meaning of the words will, in large part, aid in determining the aim of the legislation. On the other hand, the aim of the legislation, as an element of its context, will help define the meaning of its words.

In other words, the intention as goal defines the meaning of the words and identifies the intention as meaning, which in turn determines the purpose of the legislation. In the instant case, the interpretation of the impugned statutory enactment is not at issue because it could not be any clearer and its meaning has not been challenged. Section 2 simply excludes RCMP members from the *PSSRA* regime. The meaning of the provision will accordingly be of much assistance in determining the purpose of the legislation, just as it is in determining its effects.

#### A. Purpose of the Exclusion

What then are the factors, apart from the wording itself of the legislation, which may be relevant for discovering the purpose of s. 2 of the *PSSRA*? Although extrinsic sources may be used to interpret legislation and to determine its true meaning, when the meaning of the challenged provision is clear, they are of little assistance in determining the purpose of a statute in order to evaluate whether it is consistent with the *Charter*. Generally, the Court must not strike down an enactment which does not infringe the *Charter* in its meaning, form or effects, which would force Parliament to re-enact the same text, but with an extrinsic demonstration of a valid purpose. That would be

projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité.

Plus loin, à la p. 333, il ajoutait:

En tout état de cause, il me serait difficile de concevoir une loi qui aurait un objet inconstitutionnel et dont les effets ne seraient pas eux aussi inconstitutionnels.

La conformité habituelle de l'objet et des effets de la loi fait aussi l'objet du passage suivant de l'ouvrage du professeur P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 354:

Il est important de distinguer l'intention-sens et l'intention-but, car ces deux éléments, tout en étant distincts, sont en interaction. C'est principalement grâce au sens des termes qu'utilise le texte législatif qu'il est possible d'en découvrir l'objet. En retour l'objet d'une disposition, à titre d'élément de son contexte, contribue à en préciser la signification.

En d'autres mots, l'intention-but précise la signification du texte et en dégage l'intention-sens qui, à son tour, détermine l'objet du texte législatif. En l'espèce, l'interprétation du texte de loi attaqué n'est pas litigieuse puisque cette disposition est on ne peut plus claire et que son sens ne fait l'objet d'aucune contestation. L'article 2 exclut simplement les membres de la GRC du régime de la *LRTFP*. Le sens de la disposition sera donc d'un grand secours dans la détermination de l'objet de la loi, tout comme il le sera dans la détermination de ses effets.

#### A. L'objet de l'exclusion

Mis à part le texte même de la loi, quels sont donc les éléments qui peuvent être pertinents pour découvrir l'objet de l'art. 2 de la *LRTFP*? Bien que les sources extrinsèques puissent être utilisées afin d'interpréter la loi et d'en dégager le sens véritable, elles sont de peu d'utilité pour déterminer l'objet d'une loi dans le but d'évaluer sa conformité avec la *Charte* lorsque le sens de la disposition en cause est clair. La Cour ne doit pas normalement invalider un texte dont ni le sens, ni la forme, ni les effets ne violent la *Charte*, ce qui forcerait le législateur à adopter à nouveau le même texte en l'accompagnant d'une manifestation extrinsèque d'un objet valide. Ce serait là un

an absurd scenario because it would ascribe a direct statutory effect to simple statements, internal reports and other external sources which, while they are useful when a judge must determine the meaning of an obscure provision, are not sufficient to strike down a statutory enactment which is otherwise consistent with the *Charter*. Legislative intent must have an institutional quality, as it is impossible to know what each member of Parliament was thinking. It must reflect what was known to the members at the time of the vote. It must also have regard to the fact that the members were called upon to vote on a specific wording, for which an institutional explanation was provided. The wording and justification thereof are important precisely because members have a duty to understand the meaning of the statute on which they are voting. This is more important than speculation on the subjective intention of those who proposed the enactment.

18 In *Big M Drug Mart, supra*, one of the only decisions to date in which this Court has declared the purpose of a statute invalid, the purpose of the legislation at issue, namely the *Lord's Day Act*, undeniably violated the respondent's freedom of religion (see also *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697); not only was this clear from the title and very wording of the Act, but no other purpose consistent with the *Charter* was probable in that case because of the limits to the jurisdiction of the federal Parliament.

19 Accordingly, absent ambiguity in the meaning of a provision, it is primarily the statute as a whole which indicates its purpose. This does not mean that the general context should be ignored, but rather that the context is legislative above all else. Section 2 must be read in light of the other provisions of the Act and of the statutory regime for which it constitutes the framework. (See *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 25, and *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119, at paras. 73 and 80.)

20 Knowing that the legislative context shows that the purpose of the statute is to govern labour relations in the public sector under a regime of collec-

scénario absurde parce qu'il prévoirait un effet législatif direct pour de simples déclarations, rapports internes et autres sources externes qui, s'ils sont utiles lorsque le juge doit déterminer le sens d'une disposition obscure, ne suffisent pas pour invalider un texte de loi qui est par ailleurs conforme à la *Charte*. L'intention législative doit avoir un caractère institutionnel vu l'impossibilité de connaître la pensée de chaque député. Elle doit refléter ce qui était connu des députés à l'occasion du vote. Elle doit aussi tenir compte du fait que les députés ont été appelés à voter sur un texte en particulier, texte pour lequel une explication institutionnelle a été fournie. Si le texte et sa justification comptent, c'est que les députés ont le devoir de comprendre le sens de la loi sur laquelle ils sont appelés à voter. Ceci est plus important que les suppositions relatives à l'intention subjective de ceux qui auraient pu proposer le texte de loi.

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, l'un des seuls à ce jour où la Cour a déclaré l'objet d'une loi invalide, l'objet de la législation en cause, à savoir la *Loi sur le dimanche*, violait indéniablement la liberté de religion de l'intimée (voir aussi *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697); non seulement cela transparaissait-il clairement du titre et du texte même de la loi, mais plus encore, aucun autre objet conforme à la *Charte* n'était probable en l'espèce en raison des limites à la compétence du Parlement fédéral.

Ainsi, en l'absence d'ambiguïté quant au sens d'une disposition, c'est l'ensemble du texte législatif, avant tout, qui va nous permettre d'en déterminer l'objet. Ceci signifie non pas que le contexte global doit être ignoré, mais que le contexte est avant tout législatif. L'article 2 se lit à la lumière des autres dispositions de la loi et du régime juridique dont il constitue le cadre. (Voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 25, et *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, aux par. 73 et 80.)

Sachant que le contexte législatif indique que la loi a pour objet de régir les relations du travail dans le secteur public dans le cadre d'un régime de

tive bargaining and trade union representation of workers, and having regard to the various applicable presumptions of legality, including the presumption of validity (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038), I cannot find that the purpose of the statute infringes s. 2(d). In the case at bar, the evidence that suggests that the purpose of para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* violates the appellant’s freedom of association is not very compelling. Cory and Iacobucci JJ. draw our attention to the Report of the Preparatory Committee, the social and historical context, the expert reports and the Crown’s own submissions in this appeal. That, in my view, confuses possible ultimate or strategic motives of some government players with the purpose of the statute. At best these sources show the fear Parliament felt about the divided loyalty that the existence of an RCMP members’ union association might create. That in no way suggests that the purpose of the statute at issue was to prevent RCMP members from forming any type of independent association, but merely that Parliament did not want the appellant to be entitled to the benefits of the *PSSRA*, or to be governed by a statute it considered inappropriate to the appellant’s situation. The very definition of “employee organization” (“*organisation syndicale*”) in the statute limits the scope of the phrase to an organization of employees “for the purposes of this Act”. I note here that the French version of the Act is much clearer than the English version. In my view, it is artificial to extend the scope of the Act beyond the regime it establishes to subsequently find its purpose unconstitutional based on that extension. The purpose of the legislation must be related to what was in fact enacted by Parliament.

One of the sources adduced to call into question the purpose of the statute clearly relates to Parliament: Orders-in-Council P.C. 1918-2213 and P.C. 174/1981. I do not dispute that these Orders-in-Council might, at least *a priori*, have had the purpose and effect of interfering with the formation of an RCMP member association. Nor do

négociation collective et de représentation syndicale des travailleurs, compte tenu des diverses présomptions de légalité applicables, notamment la présomption de validité (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038), il m’est impossible de conclure que l’objet de la loi porte atteinte à l’al. 2d). En l’espèce, les éléments de preuve qui pourraient permettre de penser que l’objet de l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» contenue à l’art. 2 de la *LRTFP* viole la liberté d’association de l’appelant ne sont pas convaincants. Les juges Cory et Iacobucci attirent notre attention sur le rapport du comité préparatoire de la loi, sur le contexte social et historique, sur les rapports d’expert ainsi que sur l’argumentation du ministère public lui-même dans cet appel. C’est là, il me semble, confondre les motifs ultimes ou stratégiques possibles de certains acteurs du gouvernement avec l’objet de la loi. Ces sources indiquent tout au plus la crainte qu’entretenait le législateur à l’égard des conflits de loyautés que pourrait créer l’existence d’une association syndicale des membres de la GRC. Cela n’indique aucunement que l’objet de la loi en cause était d’empêcher les membres de la GRC de former n’importe quel type d’association indépendante, mais simplement que le législateur ne voulait pas que l’appelant puisse bénéficier des avantages offerts par la *LRTFP*, ni qu’il soit régi par une loi qu’il jugeait inappropriée à sa situation. La définition même de l’«*organisation syndicale*» dans la loi limite la portée de l’expression à l’organisation regroupant des travailleurs «pour l’application de la présente loi». Je note ici que la version française de la loi est plus explicite que la version anglaise. Étendre la portée de la loi au-delà du régime qu’elle instaure pour ensuite conclure à un objet inconstitutionnel fondé sur cette extension me paraît artificiel. L’objet de la loi doit être relié à ce qui a effectivement été adopté par le législateur.

Une des sources invoquée pour mettre en cause l’objet de la loi se rapporte clairement au législateur. Il s’agit des décrets C.P. 1918-2213 et C.P. 174/1981. Je ne conteste pas que ces décrets auraient pu, du moins *a priori*, avoir pour effet et pour objet de nuire à la formation d’une association des membres de la GRC. Je ne conteste pas

I dispute that legislative sources may be used to establish the purpose of another statute, particularly if they contain definitions that might clarify the true meaning of the impugned statute. When the meaning of the impugned provision is clear, however, I believe that the appropriate solution would be to challenge these extrinsic sources themselves, rather than a separate statute to which they appear to be related. The issue does not arise in the case at bar, since the Orders-in-Council were revoked in 1974.

22

On the face of the text of the *PSSRA* itself, and particularly s. 2, I find nothing to suggest that the purpose of the statute is inconsistent with its effects. In my view, the purpose of the exclusion of RCMP members is simply to not grant them any status under the *PSSRA* — trade union representation and all it entails — which does not violate the appellant's freedom of association. Cory and Iacobucci JJ. are of the view that the *PSSRA* applies to the creation not only of certified employee organizations, but also of uncertified employee organizations with special protection against anti-union activities (ss. 6, 8 and 9). They apparently find that the appellant is entitled, under the *Charter*, to a minimum status equivalent to an uncertified employee organization, because that would be necessary in order to guarantee him the minimum protection of ss. 6, 8 and 9 of the *PSSRA*, which are analogous to the freedoms implicit in s. 2(d) of the *Charter*. In my view, certification is not the solution to the problem. We have here a statutory regime providing for one or more types of organization defined by the Act, upon which recognition depends. An employee organization, in the Act, is governed by the regime created by the Act: see particularly ss. 6, 28, 35, 37, 41 and 91. The Act prohibits only these specific organizations — organizations created "for the purposes of this Act" — in which the appellant cannot claim a membership right under s. 2(d) of the *Charter*. This does not mean that an association that does not come under the *PSSRA* cannot exist or enjoy analogous protection to that

non plus que des sources législatives puissent être utilisées afin d'établir l'objet d'une autre loi, notamment si elles comprennent des définitions susceptibles d'éclairer le sens véritable du texte attaqué. Lorsque le sens de la disposition attaquée est clair, il me semble cependant que la solution appropriée sera d'attaquer ces sources extrinsèques elles-mêmes plutôt qu'une loi distincte à laquelle elles semblent apparentées. En l'espèce, la question ne se pose pas, les décrets ayant été abrogés en 1974.

À la lecture du texte même de la *LRTFP*, et particulièrement de l'art. 2, je ne trouve rien qui me permettrait de conclure que l'objet de la loi est en contradiction avec ses effets. À mon avis, l'objet de l'exclusion des membres de la GRC est simplement de ne pas leur accorder de statut sous le régime de la *LRTFP*, soit la représentation syndicale et tout ce qu'elle entraîne, ce qui ne viole pas la liberté d'association de l'appelant. Les juges Cory et Iacobucci sont d'avis que la *LRTFP* vise la création non seulement d'organisations syndicales accréditées, mais aussi d'organisations syndicales non accréditées qui jouiraient de protections spéciales contre les activités anti-syndicales (art. 6, 8 et 9). Ils semblent conclure que l'appelant a droit à un statut minimum en vertu de la *Charte* qui correspond à celui de l'organisation syndicale non accréditée parce que cela serait nécessaire pour lui garantir la protection minimale des art. 6, 8 et 9 de la *LRTFP*, qui sont analogues aux libertés découlant de l'al. 2d) de la *Charte*. À mon avis, le problème ne se résout pas en fonction de l'accréditation. Il est ici question d'un régime législatif prévoyant un ou des types d'organisations définis par la loi et dont la reconnaissance dépend d'elle. L'organisation syndicale, dans la loi, dépend du régime créé par la loi: voir en particulier les art. 6, 28, 35, 37, 41 et 91. La loi n'interdit que ces organisations particulières, les organisations créées «pour l'application de la présente loi», auxquelles l'appelant ne peut revendiquer le droit d'appartenir en vertu de l'al. 2d) de la *Charte*. Ceci ne signifie pas qu'une association ne relevant pas de la *LRTFP* ne peut pas exister ou jouir de protections analogues à celles prévues aux art. 6, 8 et 9 de la

provided under ss. 6, 8 and 9 of the *PSSRA* directly under s. 2(d) of the *Charter*.

In short, I believe that the distinction my colleagues draw regarding the types of employee organization contemplated by the *PSSRA* has no bearing on the issue in this case. It is not because the *PSSRA* prohibits uncertified employee organizations that it would, by extension, prohibit any RCMP member organization not formed under the Act. Paragraph (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* cannot prohibit more than that to which it applies, namely employee organizations formed under the Act. We could at most find that para. (e) is invalid only insofar as it infringes the right to form an employee association which was not established for the purposes of the Act. But this suggestion exposes precisely the inconsistency in the proposition. In my view, the conclusion of my colleagues and the compensatory remedy they propose is the equivalent of recognizing a right to positive action to give effect to freedom of association through legislation. The basis of such a right must necessarily follow from the right to union representation. I am of the view that this would be to enter the complex and political field of socio-economic rights and unjustifiably encroach upon the prerogative of Parliament. Therefore, I find that para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* does not infringe s. 2(d) of the *Charter* in its purpose.

#### B. *Effects of the Exclusion*

The appellant’s position is that in the absence of any other applicable trade union regime, the express exclusion of RCMP members from the *PSSRA* regime encourages unfair labour practices and interferes with the creation of an independent employee association for RCMP members. In my view, neither the lack of rights under the *PSSRA* regime, nor the failure to provide RCMP members with a statutory or other associative regime can be confused with an infringement of their freedom of association.

*LRTFP* directement en vertu de l’al. 2d) de la *Charte*.

En somme, je crois que la distinction que font mes collègues quant aux types d’organisations syndicales prévues par la *LRTFP* n’a aucune incidence eu égard à l’objet du présent litige. Ce n’est pas parce que la *LRTFP* interdirait l’organisation syndicale non accréditée qu’elle se trouverait à interdire par extension toute association des membres de la GRC non constituée sous le régime de la loi. L’alinéa e) de la définition de «fonctionnaire» contenue à l’art. 2 de la *LRTFP* ne peut interdire plus que ce qu’elle vise, soit les organisations syndicales constituées sous le régime de la loi. Tout au plus pourrait-on conclure que l’al. e) est nul seulement dans la mesure où il porterait atteinte au droit de créer une association de travailleurs non constituée aux fins de la loi. Mais cette suggestion soulève justement l’illogisme de la proposition. À mon avis, la conclusion à laquelle arrivent mes collègues et la mesure de redressement qu’ils proposent équivalent à reconnaître le droit à des mesures positives en vue de donner effet à la liberté d’association par voie législative. Le fondement d’un tel droit doit nécessairement découler du droit à la représentation syndicale. Je suis d’avis que c’est là pénétrer dans le domaine complexe et politique des droits socio-économiques et empiéter de façon injustifiée sur les prérogatives du Parlement. Par conséquent, je conclus que l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» contenue à l’art. 2 de la *LRTFP* ne porte pas atteinte par son objet à l’al. 2d) de la *Charte*.

#### B. *Les effets de l’exclusion*

La position de l’appelant est que l’exclusion exprime des membres de la GRC du régime de la *LRTFP*, en l’absence de tout autre régime syndical applicable, a pour effet d’encourager les pratiques déloyales en matière de travail et de nuire à la formation d’une association indépendante de travailleurs regroupant les membres de la GRC. À mon avis, il ne faut confondre ni l’absence de droits afférents au régime de la *LRTFP*, ni le défaut de procurer par la loi un autre véhicule associatif aux membres de la GRC avec une violation de la liberté d’association de ceux-ci.

25

The structure of s. 2 of the *Charter* is very different from that of s. 15 and it is important not to confuse them. While s. 2 defines the specific fundamental freedoms Canadians enjoy, s. 15 provides they are equal before and under the law and have the right to equal protection and equal benefit of the law. The only reason why s. 15 may from time to time be invoked when a statute is underinclusive, that is, when it does not offer the same protection or the same benefits to a person on the basis of an enumerated or analogous ground (on this issue, see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679), is because this is contemplated in the wording itself of s. 15. The distinguishing feature of s. 15 is that the *Charter* may require the government to extend the special status, benefit or protection it afforded to the members of one group to another group if the exclusion is discriminatory and is based on an enumerated or analogous ground of discrimination. Thus, as Cory J. stated in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 107, the exclusion of homosexuality from the list of prohibited grounds of discrimination set out in the *Alberta Individual's Rights Protection Act* violates s. 15 of the *Charter* because:

The *IRPA* in its underinclusive state creates a distinction which results in the denial of the equal benefit and protection of the law on the basis of sexual orientation, a personal characteristic which has been found to be analogous to the grounds enumerated in s. 15. This, in itself, would be sufficient to conclude that discrimination is present and therefore there is a violation of s. 15. The serious discriminatory effects of the exclusion of sexual orientation from the Act reinforce this conclusion.

However, while the letter and spirit of the right to equality sometimes dictate a requirement of inclusion in a statutory regime, the same cannot be said of the individual freedoms set out in s. 2, which generally requires only that the state not interfere and does not call upon any comparative standard. In this case, the state has not restricted the appellant's freedom of association by creating a statutory regime which does not apply to him. The fact that Mr. Delisle cannot invoke the protection of the

La structure de l'art. 2 de la *Charte* est fort différente de celle de l'art. 15 et il importe de ne pas mélanger les deux. Alors que l'art. 2 définit des libertés fondamentales spécifiques dont bénéficient les Canadiens, l'art. 15 leur assure l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi, ainsi qu'un droit égal aux bénéfices de la loi et à sa protection. Si l'art. 15 peut parfois être invoqué lorsqu'une loi a une portée trop restreinte, c'est-à-dire lorsqu'elle n'accorde pas la même protection ou les mêmes avantages à une personne sur la base d'un motif énuméré ou analogue (voir à ce sujet *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679), c'est parce que le texte même de l'art. 15 le prévoit. Lorsque le gouvernement accorde dans une loi un statut particulier, un avantage ou une protection aux membres d'un groupe, la *Charte* peut lui imposer d'étendre cette protection aux membres d'un autre groupe si l'exclusion est discriminatoire et qu'elle est fondée sur un motif de discrimination énuméré ou analogue; c'est là le propre de l'art. 15. Ainsi, dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, comme le souligne le juge Cory au par. 107, si l'exclusion de l'homosexualité de la liste des motifs de distinction illicites prévus à l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta viole l'art. 15 de la *Charte*, c'est parce que:

De par sa portée trop limitative, l'*IRPA* crée une distinction qui conduit à la négation du droit au même bénéfice et à la même protection de la loi sur le fondement de l'orientation sexuelle, caractéristique personnelle reconnue comme étant analogue aux motifs énumérés à l'art. 15. En soi, cela suffirait pour conclure qu'il y a discrimination et, partant, violation de l'art. 15. Les effets discriminatoires graves de l'exclusion de l'orientation sexuelle de la Loi renforcent cette conclusion.

Or, si le texte et l'esprit du droit à l'égalité emportent parfois une obligation d'inclusion dans un régime législatif, il en va tout autrement des libertés individuelles prévues à l'art. 2, celui-ci n'imposant généralement qu'une obligation de non-ingérence à l'État et ne faisant appel à aucun critère comparatif. Ici, l'État n'a pas diminué la liberté d'association de l'appelant en créant un régime législatif qui ne lui est pas applicable. Le fait que M. Delisle ne puisse invoquer la protection

*PSSRA* has no impact on his freedom of association under the *Charter*.

In *Big M Drug Mart*, *supra*, this Court discussed the fundamental freedoms entrenched in s. 2 of the *Charter* in the context of freedom of religion. In that case, Dickson J. defined the term “freedom” as follows, at pp. 336-37:

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. [Emphasis added.]

It is because of the very nature of freedom that s. 2 generally imposes a negative obligation on the government and not a positive obligation of protection or assistance.

With respect to freedom of expression, this principle was articulated by this Court in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1035:

The traditional view, in colloquial terms, is that the freedom of expression contained in s. 2(b) prohibits gags, but does not compel the distribution of megaphones.

The majority later qualified its remarks by stating, at p. 1039:

Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. [Emphasis added.]

The general approach was subsequently confirmed in *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*,

de la *LRTFP* n'a pas d'incidence sur la liberté d'association dont il bénéficie en vertu de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, notre Cour a discuté des libertés fondamentales inscrites à l'art. 2 de la *Charte* dans le contexte de la liberté de religion. Le juge Dickson y définit le terme «liberté» de la manière suivante, aux pp. 336 et 337:

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. [Je souligne.]

C'est en raison de la nature même de la liberté que l'art. 2 impose généralement une obligation négative au gouvernement et non une obligation positive de protection ou d'aide.

Eu égard à la liberté d'expression, ce principe a été illustré par notre Cour dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1035:

Selon le point de vue traditionnel, exprimé dans le langage courant, la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) interdit les bâillons mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix.

La majorité a toutefois nuancé ses propos plus loin, à la p. 1039, en affirmant:

Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. [Je souligne.]

L'approche générale a été confirmée subséquemment par l'arrêt *Assoc. des femmes autochtones du*

[1994] 3 S.C.R. 627, in which this Court held that the government's decision not to provide financial assistance or extend an invitation to the association involved so that it could express its opinion during discussions on Aboriginal self-determination did not violate s. 2(b) of the *Charter*. This means then that except perhaps in exceptional circumstances, freedom of expression requires only that Parliament not interfere. In my view, the same is true for freedom of association.

*Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, où notre Cour a conclu que la décision du gouvernement de ne pas fournir d'aide financière et de ne pas envoyer une invitation à l'association en cause pour qu'elle puisse s'exprimer dans le cadre des discussions sur l'autodétermination des peuples autochtones ne violait pas l'al. 2b) de la *Charte*. C'est donc dire que la liberté d'expression n'impose, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles, qu'une obligation de non-ingérence au législateur. À mon avis, il en va de même de la liberté d'association.

28

In the labour relations context, this Court has previously indicated whether the state has a duty to officially recognize employee associations. In *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, *supra*, at p. 384, Cory J., dissenting, made an assertion similar to the one the appellant is making here, namely that:

Dans le contexte des relations du travail, notre Cour s'est déjà prononcée sur l'obligation qu'a l'État de fournir une reconnaissance officielle à une association de travailleurs. Dans l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, précité, à la p. 384, le juge Cory, dissident, avait avancé une proposition similaire à celle que l'appelant fait valoir aujourd'hui, à savoir que:

Once a government has enacted a statutory definition of a group, as a legal entity, then any individual should be able to attempt to get his or her group recognized as such an entity, or to change the existing group entitled to exercise the rights granted under that legislative scheme. Arbitrary or totally discretionary restrictions placed upon the employees' right to choose their association must *prima facie* violate the freedom of association.

Dès qu'un gouvernement adopte une définition législative d'un groupe, à titre d'entité juridique, toute personne devrait pouvoir essayer de le faire reconnaître comme tel ou de changer le groupe déjà habilité à exercer les droits accordés par ce régime législatif. Toute restriction arbitraire ou absolument discrétionnaire apportée au droit des employés de choisir leur association doit, à première vue, enfreindre la liberté d'association.

Although five separate sets of reasons were given in that case, the majority clearly rejected this proposition. Dickson C.J. stated at p. 374:

Bien que cinq motifs distincts aient été publiés dans cet arrêt, la majorité a clairement rejeté cette proposition. Le juge en chef Dickson affirme à la p. 374:

Reluctantly, I find that I am unable to agree with Cory J.'s assertion that once a legislature has chosen to establish a public sector collective bargaining scheme it may not place arbitrary restrictions upon the choice of association with which it will engage in collective bargaining.

Je conclus à regret que je suis incapable de partager l'avis du juge Cory qu'une fois qu'elle a établi un régime de négociation collective dans le secteur public, une législature ne peut pas imposer de restrictions arbitraires au choix de l'association avec laquelle elle entreprendra des négociations collectives.

L'Heureux-Dubé J. added, at p. 394:

Le juge L'Heureux-Dubé, à la p. 394, ajoute:

While s. 42(1)(b) of the Act may affect the ability of an association to gain recognition and therefore to bargain on behalf of employees, it does not fetter the activity recognized and protected by the *Charter*, the associational activity of one person with another.

Bien que l'al. 42(1)b) de la Loi puisse réduire la capacité d'une association d'obtenir la reconnaissance et, par conséquent, de négocier au nom d'employés, il n'entrave pas l'activité reconnue et protégée par la *Charte*, l'activité collective d'une personne avec une autre.

Writing for himself and La Forest J., Sopinka J. concluded at pp. 405 and 407-8:

Putting the incorporation point aside for the moment, it is plain that the statutory monopoly created by s. 42(1)(b) has no effect on the existence of the Institute or the ability of any individual to be a member of the Institute. . . .

The respondent Commissioner . . . argues that nothing in the impugned section affects the existence, membership or maintenance of any association.

Upon considering the words of the impugned section, I find myself in agreement with the respondent. I observe that s. 42(1)(b) does not prohibit the establishment of or membership in other unions, and it does not prevent any such union from seeking incorporation under the Act. [Emphasis in original.]

It is accordingly settled that the exclusion of a group of workers from a specific statutory regime does not preclude the establishment of a parallel, independent employee association, and thus does not violate s. 2(d) of the *Charter*. Neither is there any violation of s. 2(d) merely because one group of workers is included in the regime while another is not.

I find this conclusion very sensible. To accept the appellant's assertion to the contrary would be to prohibit, based on an "all or nothing" policy, any government action intended to promote fundamental freedoms, as it suggests that Parliament should promote all forms of expression and all associations equally or else it will repress some of them and, therefore, violate s. 2 of the *Charter*. Thus, according to this line of reasoning, the state could not financially support the theatre because that would violate the freedom of expression of musicians; it could not help charitable organizations without violating the freedom of association of chess clubs. In short, under no circumstances could the state protect or assist a particular association or form of expression in any way, unless it helped them all equally. That is why it is clear that this type of reasoning should be limited to the class of subjects under s. 15 and confined to the enumerated and analogous grounds of discrimination. As long as Parliament's decision is consistent with the

Enfin, le juge Sopinka, appuyé par le juge La Forest, conclut aux pp. 405, 407 et 408, que:

Si on fait abstraction pour l'instant de la question de la constitution en personne morale, il est clair que le monopole créé par l'al. 42(1)b) n'a aucun effet sur l'existence de l'Institut, ni sur la capacité pour une personne d'y adhérer. . .

Le Commissaire intimé [. . .] soutient que rien dans la disposition contestée ne touche l'existence de l'association, son maintien ou l'appartenance à celle-ci.

À l'analyse du texte de la disposition contestée, je partage l'avis de l'intimé. Je remarque que l'al. 42(1)b) n'interdit pas la constitution d'autres syndicats, ni l'appartenance à ceux-ci, et il n'empêche aucun de ces syndicats de demander la constitution en personne morale en vertu de la Loi. [Souligné dans l'original.]

Il est donc établi que l'exclusion d'un groupe de travailleurs d'un régime législatif particulier n'a pas pour effet d'interdire la formation d'une association indépendante de travailleurs en parallèle et, de ce fait, ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte*. Il n'y a pas non plus violation de l'al. 2d) simplement en raison du fait qu'un groupe de travailleurs est admis au régime alors qu'un autre ne l'est pas.

Cette conclusion me paraît fort sage. Accepter la proposition contraire de l'appelant, c'est en fait interdire, au nom de la politique du tout ou rien, toute action gouvernementale visant à favoriser les libertés, puisque le législateur devrait selon lui favoriser également toutes les formes d'expression et toutes les associations, sans quoi il se trouverait à réprimer certaines d'entre elles et à violer ainsi l'art. 2 de la *Charte*. Selon ce raisonnement, donc, l'État ne pourrait financer le théâtre puisque cela violerait la liberté d'expression des musiciens; il ne pourrait aider les associations caritatives sans violer la liberté d'association des clubs de joueurs d'échecs. En bref, il ne pourrait en aucun cas protéger ou aider de quelque façon que ce soit une association ou forme d'expression en particulier, à moins de les aider toutes de façon égale. C'est pourquoi il est clair que ce genre de raisonnement doit être confiné au domaine de l'art. 15 et délimité par les motifs de discrimination énumérés et les motifs analogues. Dans la mesure où le choix

other provisions of the *Charter*, it must be open to the government to determine which associations or forms of expression are entitled to special support or protection. In the labour relations context, the government must be able to choose the employee organizations with which it will negotiate.

30 The appellant argues that the specific and exclusive exclusion of RCMP members from any statutory regime has an important chill on freedom of association because it clearly indicates to its members that unlike all other employees, they cannot unionize, and what is more, that they must not get together to defend their interests with respect to labour relations. Even if this were true, it should first be noted that the greater protection offered by trade union representation is completely separate from the simple creation of an independent association; second, one must admit that the exclusion of RCMP members is hardly exclusive. Numerous other groups such as the armed forces, senior executives in the public service, and indeed judges are in a similar situation. The chill is therefore greatly reduced, if it exists at all.

31 Moreover, it is difficult to argue that the exclusion of RCMP members from the statutory regime of the *PSSRA* prevents the establishment of an independent employee association because RCMP members have in fact formed such an association in several provinces, including Quebec, where "C" Division was created by Mr. Delisle himself. If there is intimidation with respect to the establishment of a non-union association, it is not a result of the Act. It is also curious that the appellant would complain of interference with his efforts to create a non-union association when his association has in fact attempted to obtain union certification and brought legal proceedings because it failed to obtain certification.

32 Last, it certainly cannot be claimed in the case at bar that the exclusion under para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* leaves

du législateur est conforme aux autres dispositions de la *Charte*, il doit être loisible au gouvernement de déterminer quelles associations ou formes d'expression doivent bénéficier d'un appui ou d'une protection particulière. Dans le contexte des relations du travail, le gouvernement doit pouvoir décider avec quelles organisations syndicales il compte négocier.

L'appelant soutient que l'exclusion spécifique et exclusive des membres de la GRC de tout régime législatif crée un effet dissuasif important concernant la liberté de s'associer car il envoie clairement à ses membres le message que, contrairement à tous les autres employés, ils ne peuvent se syndiquer, et qui plus est, qu'ils ne doivent pas s'associer pour défendre leurs intérêts en matière de relations du travail. Or, même si ceci était vrai, il faut d'une part retenir que la protection plus large de la représentation syndicale est tout à fait distincte de la simple formation d'une association indépendante, et d'autre part admettre que l'exclusion des membres de la GRC n'est pas du tout exclusive. De nombreux autres groupes, tels les forces armées, les cadres supérieurs de la fonction publique, voire les juges, sont dans une situation similaire. L'effet dissuasif s'en trouve donc très diminué, si tant est même qu'il existe.

Il est d'ailleurs difficile de prétendre que l'exclusion des membres de la GRC du régime législatif de la *LRTFP* a pour effet d'empêcher la formation d'une association indépendante de travailleurs puisqu'en réalité les membres de la GRC ont formé une telle association dans plusieurs provinces, y compris le Québec, où la division C a été créée par M. Delisle lui-même. S'il y a intimidation relativement à la formation d'une association non syndicale, elle ne vient pas de la loi. Il est aussi singulier que l'appelant se plaigne d'ingérence dans ses efforts pour créer une association non syndicale alors que son association a justement tenté d'obtenir l'accréditation syndicale et lancé des procédures judiciaires en raison du défaut d'obtenir cette accréditation.

Enfin, on ne peut surtout prétendre en l'espèce que l'exclusion effectuée par l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» contenue à l'art. 2 de la

RCMP members without any protection against the employer's attempts to interfere with the establishment of an independent employee association. If RCMP management has used unfair labour practices with the object of interfering with the creation of "C" Division, or if the internal regulations of the RCMP contemplate such a purpose or effect, it is open to the appellant or any other party with standing to challenge these practices directly by relying on s. 2(d), as the RCMP is part of the government within the meaning of s. 32(1) of the *Charter*.

On the whole, the fundamental freedoms protected by s. 2 of the *Charter* do not impose a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government, except perhaps in exceptional circumstances which are not at issue in the instant case. In accordance with the decision of the majority of this Court in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, *supra*, there is no violation of s. 2(d) of the *Charter* when certain groups of workers are excluded from a specific trade union regime. The ability to form an independent association and to carry on the protected activities described below, the only items protected by the *Charter*, exists independently of any statutory regime. Freedom of association does not include the right to establish a particular type of association defined in a particular statute; this kind of recognition would unduly limit the ability of Parliament or a provincial legislature to regulate labour relations in the public service and would subject employers, without their consent, to greater obligations toward the association than toward their employees individually. I share the opinion expressed by McIntyre J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, at p. 415, when he states that labour relations is an area in which a deferential approach is required in order to leave Parliament enough flexibility to act. The effects of para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* do not infringe the appellant's freedom of association.

*LRTFP* laisse les membres de la GRC sans aucune protection contre les tentatives de l'employeur de nuire à la formation d'une association indépendante de travailleurs. Si des pratiques déloyales de travail ont été employées par la direction de la GRC dans le but de nuire à la formation de la division C, ou si la réglementation interne de la GRC vise un tel but ou a un tel effet, il est tout à fait possible pour l'appelant et pour tout autre personne ayant intérêt pour agir, de contester directement ces pratiques en invoquant l'al. 2d), la GRC faisant partie du gouvernement au sens du par. 32(1) de la *Charte*.

En définitive, les libertés fondamentales protégées par l'art. 2 de la *Charte* n'imposent pas d'obligation positive de protection ou d'inclusion au Parlement ou au gouvernement, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas invoquées en l'espèce. Conformément à la décision majoritaire de notre Cour dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, précité, il n'y a pas de violation de l'al. 2d) de la *Charte* lorsque certains groupes de travailleurs sont exclus d'un régime syndical particulier. La capacité de former une association indépendante et d'exercer les activités protégées décrites ci-dessus, seuls éléments protégés par la *Charte*, existe en dehors de tout cadre législatif. La liberté d'association ne comprend pas le droit de former un type particulier d'association défini par une loi particulière; une telle reconnaissance limiterait indûment la possibilité du Parlement ou d'une législature de réglementer les relations du travail dans la fonction publique et imposerait aux employeurs, sans leur consentement, des devoirs plus grands envers l'association que ceux qu'ils ont envers les employés individuellement. Je partage l'avis exprimé par le juge McIntyre à la p. 415 du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, lorsqu'il affirme que les relations du travail sont un domaine où il faut faire preuve de prudence afin de laisser une marge de manœuvre adéquate au législateur. Les effets de l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» de l'art. 2 de la *LRTFP* ne portent pas atteinte à la liberté d'association de l'appelant.

II. Content of the Protection that Section 2(d) Provides an Employee Association

34 The appellant points to the existence of a large number of internal RCMP rules that might violate freedom of association, including s. 3(2) of the *Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)*, ss. 39(1) and 39(2) of the Code of Conduct, SOR/88-361, Part III, and certain acts of the Commissioner cited in evidence. It is important to note, however, that although these government acts and these rules of law are undeniably subject to constitutional review given the RCMP's status as an agent of the Crown, the appellant has not challenged them directly. Therefore, this Court is not required to consider their constitutionality. As I said before, the appellant or any other person with standing may directly challenge these practices by relying on s. 2(d).

35 In my opinion, the answer to the problem posed by the acts and rules in question does not lie in striking down para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA*. This provision has nothing to do with the Orders-in-Council and the Code of Conduct. The validity of the acts and rules in question must be analysed independently, in light of the previous decisions of this Court regarding the scope of s. 2(d) of the *Charter*. For ease of reference, here again is the concept of freedom of association the majority of this Court accepted in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson, supra*, at para. 112:

... first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals.

36 With this definition as a starting point, and knowing that s. 2 of the *Charter* generally imposes

II. Contenu de la protection offerte par l'al. 2d) à une association de travailleurs

L'appelant souligne l'existence d'un nombre important de règles internes de la GRC qui sont susceptibles de violer sa liberté d'association, notamment le par. 3(2) des *Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* et les par. 39(1) et (2) du Code de déontologie, DORS/88-361, partie III, de même que certains actes du Commissaire mentionnés en preuve. Il est important de souligner, cependant, que ces actes gouvernementaux et ces règles de droit, bien qu'ils soient indéniablement soumis à la révision constitutionnelle étant donné que la GRC est un mandataire de l'État, n'ont pas été contestés directement par l'appelant. Notre Cour n'est donc pas appelée à en examiner la constitutionnalité. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'appelant et toute autre personne ayant intérêt pour agir peuvent contester directement ces pratiques en invoquant l'al. 2d).

Selon moi, la réponse au problème posé par les actes et règles en cause ne se trouve pas dans l'abrogation de l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» contenue à l'art. 2 de la *LRTFP*. Ce texte n'a rien à voir avec les décrets et le Code de déontologie. La validité des actes et règles en question doit être analysée de façon indépendante à la lumière de la jurisprudence antérieure de notre Cour concernant l'étendue de l'al. 2d) de la *Charte*. Pour faciliter la lecture des motifs, je répète ici la notion de liberté d'association acceptée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, précité, au par. 112:

... premièrement, l'al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; deuxièmement, l'al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association; troisièmement, l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits légitimes des individus.

Partant de cette définition, et sachant que l'art. 2 de la *Charte* n'impose généralement pas d'oblige-

no positive obligations on the government, it is clear that all of the acts or rules of law that prohibit the formation or maintenance of an independent employee association, or that impose sanctions on those who wish to create such an organization or participate in its lawful activities, infringe the *Charter* unless they are justified under s. 1. In other words, subject to s. 1, RCMP management cannot prohibit activities in association that RCMP members may carry on individually; see *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, *supra*, at para. 113. Nothing requires the RCMP to set up mechanisms for negotiating working conditions or grievance arbitration; it can very well set all working conditions for its members without violating s. 2(d). All freedom of association implies is that the existing mechanisms are as open to independent employee associations as to individual RCMP members, absent a trade union representation regime for the RCMP, of course. This does not require the RCMP to grant official recognition to these independent employee associations.

Since this Court's decision in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, *supra*, it is clear that under the trade union certification system, the government may limit access to mechanisms that facilitate labour relations to one employee organization in particular, and impose certain technical rules on that organization. It goes without saying that it must, however, be a genuine employee association that management does not control. Otherwise, there would be a violation of s. 2(d). This said, I repeat that there is no general obligation for the government to provide a particular legislative framework for its employees to exercise their collective rights. However, they may freely set up an independent employee association which is protected against employer interference in its business by s. 2(d) of the *Charter* and which may carry on

tion positive au gouvernement, il est clair que tous les actes ou règles de droit qui interdisent la formation ou le maintien d'une association indépendante de travailleurs, ou qui imposent des sanctions à ceux qui désirent créer une telle association ou participer à ses activités légitimes, portent atteinte à la *Charte*, à moins qu'ils ne soient justifiés en vertu de l'article premier. Autrement dit, sous réserve de l'article premier, la direction de la GRC ne peut pas interdire l'exercice collectif des activités que les membres de la GRC peuvent exercer individuellement; voir l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, précité, au par. 113. Rien n'oblige la GRC à mettre en place des mécanismes de négociation des conditions de travail ou d'arbitrage de griefs; elle peut très bien fixer toutes les conditions de travail de ses membres sans violer l'al. 2d). Tout ce que la liberté d'association suppose, c'est que les mécanismes en place soient ouverts aux associations indépendantes de travailleurs dans la même mesure qu'ils le sont aux membres de la GRC individuellement, en l'absence d'un régime de représentation syndicale pour la GRC bien entendu. Ceci n'engage pas la GRC à accorder une reconnaissance officielle aux dites associations indépendantes de travailleurs.

Depuis la décision de cette Cour dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, précitée, il est clair que le gouvernement peut restreindre l'accès aux mécanismes facilitant les relations du travail à une organisation syndicale en particulier en vertu du système d'accréditation syndicale, organisation à laquelle il peut imposer certaines règles de forme. Il va de soi qu'il doit cependant s'agir d'une véritable association de travailleurs qui n'est pas contrôlée par la direction. Dans le cas contraire, l'al. 2d) se trouverait à être violé. Ceci dit, je répète qu'il n'existe aucune obligation générale pour le gouvernement de fournir un cadre législatif particulier pour l'exercice des droits collectifs de ses employés. Mais l'association indépendante de travailleurs peut être librement formée par ceux-ci. Elle est protégée contre l'ingérence de l'employeur dans ses affaires par l'al. 2d) de la *Charte*. Elle peut aussi exercer toute activité licite

any lawful activity that its members may carry on individually, including representing their interests.

### III. Freedom of Expression and the Right to Equality

38 The appellant and certain interveners in particular argue that the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* violates the members' freedom of expression and right to equality. The reasoning that applies to the issue of freedom of association also applies here. As I said before, except in exceptional circumstances, freedom of expression imposes only an obligation that Parliament not interfere (see in this regard *Native Women's Assn. of Canada v. Canada, supra*), and the exclusion of RCMP members therefore cannot violate it.

39 The appellant argues, however, that the main purpose of forming a recognized association is to convey a collective message that is distinct from that of its members. At para. 118 of his factum, he states:

The whole purpose of forming a union is to send the following message to the employer:

“We have joined together in our own union. We are expressing our collective solidarity. We will be heard.”

Therefore, in his opinion, this is one of those exceptional cases where the government has a positive obligation to act in order to give true meaning to freedom of expression. I am of the view that such a message of solidarity is not a distinct message from that which might come from an association that is not recognized under the *PSSRA*.

40 In the current situation, the message of solidarity is the same whether it is expressed by an association the employer does not recognize or by an employee organization. Only the effectiveness of the message differs from one situation to the other. The medium used to convey the message must not be confused with the message itself. Although s. 2(b) may be violated when Parliament restricts access to a medium, it does not require Parliament to make that medium available (or, as I said

que ses membres peuvent exercer individuellement, y compris la représentation de leurs intérêts.

### III. La liberté d'expression et le droit à l'égalité

L'appelant et en particulier certains intervenants soutiennent que l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* viole leur liberté d'expression ainsi que leur droit à l'égalité. Le raisonnement applicable à la question de la liberté d'association est aussi applicable à ces nouveaux arguments. Comme je l'ai indiqué plus tôt, la liberté d'expression n'impose, sauf dans des circonstances exceptionnelles, qu'une obligation de non-ingérence au législateur (voir à ce sujet *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada, précité*) et de ce fait, l'exclusion des membres de la GRC ne saurait la violer.

L'appelant prétend pourtant que la formation d'une association reconnue a pour objet principal la transmission d'un message collectif distinct de celui de ses membres. Il affirme au par. 118 de son mémoire:

[TRADUCTION] La formation d'un syndicat a pour seul objet d'envoyer le message suivant à l'employeur:

«Nous avons formé notre propre syndicat. Nous exprimons notre solidarité collective. Nous serons écoutés.»

Par conséquent, selon lui, il s'agit ici d'un de ces cas exceptionnels où le gouvernement a une obligation positive d'agir en vue de donner un sens véritable à la liberté d'expression. Je suis d'avis qu'un tel message de solidarité n'est pas un message distinct de celui qui peut émaner d'une association non reconnue sous le régime de la *LRTFP*.

Dans la situation actuelle, le message de solidarité est le même, qu'il soit exprimé par une association non reconnue par l'employeur ou par une organisation syndicale. Seule l'efficacité du message diffère d'une situation à l'autre. Il ne faut pas confondre le mécanisme de transmission avec le message lui-même. Bien que l'al. 2b) puisse être violé lorsque le législateur restreint l'accès à un mécanisme particulier, il n'oblige pas le législateur à le mettre en place (ni, comme je l'ai mentionné

before, to ensure equal use for all, subject to the requirements of s. 15). A similar issue arose in *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, where this Court held that entirely prohibiting posting on utility poles violated s. 2(b), but that freedom of expression did not require the government to install notice boards to promote posting.

The message of solidarity the appellant wishes to express exists independently of any official form of recognition. Even if the exclusion of RCMP members by the *PSSRA* diminished the effectiveness of the conveyance of this message, this would not violate s. 2(b).

The appellant also argues that his exclusion from the *PSSRA* is discriminatory and deprives him of a benefit of the law. This Court was recently asked to examine s. 15 of the *Charter* in detail in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The approach adopted by the Court need not be explained again. In the case at bar, it is clear that the effect of the statute is to impose differential treatment on the appellant, depriving him and other RCMP members of a benefit available to most other public service employees.

However, it must be established whether this distinction is based on one or more grounds enumerated in s. 15 or analogous thereto, and ultimately the issue of whether the distinction in question is discriminatory must be considered. Since no enumerated ground was argued, I believe I should repeat what my colleague McLachlin J. and I said in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 13:

What . . . are the criteria by which we identify a ground of distinction as analogous? The obvious answer is that we look for grounds of distinction that are analogous or like the grounds enumerated in s. 15 — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It seems to us that what these

précédemment, à en assurer l'usage égal pour tous, sous réserve des exigences de l'art. 15). Une question analogue s'est posée dans l'arrêt *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, où notre Cour a jugé que le fait de restreindre complètement l'affichage sur les poteaux de services publics violait l'al. 2b), mais que la liberté d'expression n'obligeait pas le gouvernement à installer des panneaux dans le but de favoriser l'affichage.

Le message de solidarité que l'appelant désire exprimer existe indépendamment de toute forme de reconnaissance officielle. Même si l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* avait pour effet de rendre la transmission de ce message moins efficace, ceci ne violerait pas l'al. 2b).

L'appelant prétend aussi que son exclusion du régime de la *LRTFP* est discriminatoire et qu'elle le prive du bénéfice de la loi. Notre Cour a récemment été appelée à examiner en détail l'art. 15 de la *Charte* dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Il n'est pas nécessaire d'expliquer à nouveau la méthodologie adoptée par la Cour. En l'espèce, il est clair que la loi a pour effet d'imposer un traitement différent à l'appelant, privant celui-ci et les autres membres de la GRC d'un avantage accordé à la plupart des autres employés de la fonction publique.

Il faut cependant établir si cette distinction est fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés à l'art. 15 ou des motifs analogues à ceux-ci, et enfin examiner si la distinction en cause est discriminatoire. Puisqu'aucun motif énuméré n'est invoqué, je crois qu'il y a lieu de rappeler ici ce que ma collègue le juge McLachlin et moi-même avons indiqué au par. 13 de l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203:

. . . quels sont les critères qui permettent de qualifier d'analogue un motif de distinction? La réponse est évidente, il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15 — la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou

41

42

43

grounds have in common is the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. This suggests that the thrust of identification of analogous grounds at the second stage of the *Law* analysis is to reveal grounds based on characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law. To put it another way, s. 15 targets the denial of equal treatment on grounds that are actually immutable, like race, or constructively immutable, like religion. Other factors identified in the cases as associated with the enumerated and analogous grounds, like the fact that the decision adversely impacts on a discrete and insular minority or a group that has been historically discriminated against, may be seen to flow from the central concept of immutable or constructively immutable personal characteristics, which too often have served as illegitimate and demeaning proxies for merit-based decision making.

44 In this case the appellant has not established that the professional status or employment of RCMP members are analogous grounds. It is not a matter of functionally immutable characteristics in a context of labour market flexibility. A distinction based on employment does not identify, here, “a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality” (*Corbiere*, at para. 8), in view in particular of the status of police officers in society.

45 Moreover, the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* is not discriminatory. This is confirmed simply by referring to para. 88 of *Law* regarding the discriminatory nature of a distinction:

In general terms, the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society,

physiques. Il nous semble que le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Ce fait tend à indiquer que l'objet de l'identification de motifs analogues à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Law* est de découvrir des motifs fondés sur des caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. Autrement dit, l'art. 15 vise le déni du droit à l'égalité de traitement pour des motifs qui sont immuables dans les faits, par exemple la race, ou qui sont considérés immuables, par exemple la religion. D'autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination, peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus.

Dans la présente affaire, l'appelant n'a pas établi que le statut professionnel ou l'emploi des membres de la GRC sont des motifs analogues. Il ne s'agit pas de caractéristiques fonctionnellement immuables dans un contexte de fluidité du marché du travail. La distinction fondée sur l'emploi n'indique pas, ici, «qu'un certain processus décisionnel est suspect parce qu'il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle» (*Corbiere*, au par. 8), compte tenu notamment du statut de policier dans la société.

Plus encore, l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* n'est pas discriminatoire. Il suffit pour s'en convaincre de se référer au par. 88 de l'arrêt *Law* au sujet du caractère discriminatoire d'une distinction:

En termes généraux, l'objet du par. 15(1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres

equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The existence of a conflict between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of s. 15(1) is essential in order to found a discrimination claim. The determination of whether such a conflict exists is to be made through an analysis of the full context surrounding the claim and the claimant.

According to the evidence, police officers in general and RCMP members in particular enjoy an excellent reputation in Canadian society. As the respondent points out, their exclusion from the trade union regime in no way affects their dignity or suggests that they deserve less respect than anyone else. I am of the view that a reasonable person in the appellant's position would conclude that it is because RCMP members perform a crucial function in maintaining order during conflicts that may arise in society that Parliament set them apart from other public service employees. Whether this view is correct or not, it does not adversely affect the appellant's dignity and is not based on a characteristic attributed stereotypically to police officers as a group.

The appellant has therefore not discharged his burden of showing that the distinction created by para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

#### IV. Disposition

In view of all of the foregoing, I would dismiss the appeal without costs and answer the constitutional questions as follows:

- (1) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the *Canada Labour Code* and para. (e) of the definition of "employee" at s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* infringe or deny the appellant's freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

Il doit absolument y avoir un conflit entre l'objet ou les effets de la loi contestée et l'objet du par. 15(1) pour fonder une allégation de discrimination. L'existence d'un tel conflit doit être établie au moyen de l'analyse de l'ensemble du contexte entourant l'allégation et le demandeur.

Selon la preuve, les policiers en général et les membres de la GRC en particulier jouissent d'une excellente réputation dans la société canadienne. Comme le souligne l'intimé, l'exclusion de ceux-ci du régime syndical n'affecte en rien leur dignité et ne saurait suggérer qu'ils méritent moins de considération que toute autre personne. Je suis d'avis qu'une personne raisonnable dans la position de l'appelant jugerait que c'est parce que les membres de la GRC exercent une fonction cruciale dans le maintien de l'ordre lors des conflits qui peuvent survenir dans la société que le législateur les a distingués des autres employés de la fonction publique. Que cette perception soit exacte ou non, elle ne porte pas atteinte à la dignité de l'appelant et elle ne repose pas sur une caractéristique attribuée de manière stéréotypée au groupe des policiers.

En conséquence, l'appelant ne s'est pas déchargé du fardeau qui lui incombe de démontrer que la distinction créée par l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» contenue à l'art. 2 de la *LRTFP* est discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

#### IV: Dispositif

Considérant tout ce qui précède, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, sans accorder de dépens, et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

- (1) L'article 6 (auparavant le par. 109(4)) du *Code canadien du travail* et l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* portent-ils atteinte à la liberté d'expression garantie à l'appelant par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

46

47

No.

- (2) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the *Canada Labour Code* and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* infringe or deny the appellant’s freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

- (3) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the *Canada Labour Code* and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* infringe upon the appellant’s equality rights guaranteed in s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

- (4) If the answer to questions 1, 2, or 3 is in the affirmative, can s. 6 (formerly 109(4)) of the *Canada Labour Code* and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Not applicable.

The following are the reasons delivered by

48

CORY AND IACOBUCCI JJ. (dissenting) — This appeal is about the basic freedom of employees to associate informally together in pursuit of their mutual interests. The appellant, Gaétan Delisle, is a member of the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”). The central issue raised by his appeal is whether the legislation he challenges has the purpose or effect of interfering with his constitutionally protected freedom to participate in a labour association of RCMP members. If the answer to this question is yes, it must then be determined whether the infringement may be saved under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Non.

- (2) L’article 6 (auparavant le par. 109(4)) du *Code canadien du travail* et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* portent-ils atteinte à la liberté d’association garantie à l’appelant par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

- (3) L’article 6 (auparavant le par. 109(4)) du *Code canadien du travail* et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* portent-ils atteinte aux droits à l’égalité garantis à l’appelant par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

- (4) En cas de réponse affirmative aux première, deuxième ou troisième questions, l’art. 6 (auparavant le par. 109(4)) du *Code canadien du travail* et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* peuvent-ils être justifiés au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Inapplicable.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI (dissidents) — Le présent pourvoi porte sur la liberté fondamentale des employés de s’associer de façon informelle pour défendre leurs intérêts communs. L’appelant, Gaétan Delisle, est membre de la Gendarmerie royale du Canada («GRC»). La question principale que soulève son pourvoi est de savoir si la mesure législative qu’il conteste a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté, que lui garantit la Constitution, de participer aux activités d’une association d’employés composée de membres de la GRC. Si la réponse à cette question est affirmative, il faudra ensuite déterminer si l’atteinte en cause peut être sauvegardée en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## I. Factual Background

In 1985, RCMP members in Quebec formed the Association des membres de la Division “C” (now the Association des membres de la police montée du Québec). It was an informal association created with the aim of representing the job-related interests of members. In 1987, the appellant, who was president of the Association des membres de la Division “C”, brought a motion personally before the Superior Court of Quebec, requesting that para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35 (“PSSRA”), and s. 6 of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, be declared of no force or effect as violating ss. 2(d), 2(b), and 15(1) of the *Charter*. Paragraph (e) expressly excludes RCMP members from the application of the PSSRA. Section 6 of the *Canada Labour Code* provides that Part I of the Code does not apply to employees of Her Majesty in right of Canada. His motion was dismissed by Michaud J. on November 28, 1989, and a subsequent appeal to the Court of Appeal for Quebec was dismissed on January 29, 1997. Baudouin J.A. dissented on the freedom of association issue.

The appellant has appealed to this Court. His purpose-based freedom of association argument regarding the PSSRA is straightforward. He states that the purpose of the exclusion of RCMP members from the PSSRA was to reinforce the federal government’s long-standing policy of preventing or impeding the formation of RCMP member associations. In his words, “the purpose of the impugned provisions is to prevent formation of a union . . . and therein lies their basic inconsistency with the *Charter* guarantee of freedom of association”.

## II. Summary of Findings

It is important to emphasize at the outset that this appeal relates directly to the core of the *Charter*’s freedom of association guarantee. Although previous decisions of this Court have concluded

## I. Contexte factuel

En 1985, des membres de la GRC œuvrant au Québec ont formé l’Association des membres de la Division «C» (maintenant l’Association des membres de la police montée du Québec). Il s’agissait d’une association informelle créée dans le but de défendre les intérêts de ses membres en matière d’emploi. En 1987, l’appelant, alors président de l’Association des membres de la Division «C», a déposé une requête en sa qualité personnelle devant la Cour supérieure du Québec, en vue de faire déclarer inopérants l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35 («LRTFP»), ainsi que l’art. 6 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, pour le motif qu’ils contrevenaient aux al. 2d) et 2b), et au par. 15(1) de la *Charte*. L’alinéa e) soustrait expressément les membres de la GRC à l’application de la LRTFP. L’article 6 du *Code canadien du travail* prévoit que la partie I du Code ne s’applique pas aux employés de Sa Majesté du chef du Canada. Le juge Michaud a rejeté sa requête le 28 novembre 1989, et l’appel subséquent devant la Cour d’appel du Québec a été rejeté le 29 janvier 1997. Le juge Baudouin était dissident sur la question de la liberté d’association.

L’appelant s’est pourvu devant notre Cour. L’argument de la liberté d’association fondé sur l’objet visé qu’il avance relativement à la LRTFP est simple. Il affirme que l’exclusion des membres de la GRC du régime de la LRTFP a pour objet de renforcer la politique de longue date du gouvernement fédéral qui est d’empêcher ou d’entraver la formation d’associations de membres de la GRC. Pour reprendre ses termes, [TRADUCTION] «les dispositions contestées ont pour objet d’empêcher la formation d’un syndicat [. . .] d’où leur incompatibilité fondamentale avec la liberté d’association garantie par la *Charte*».

## II. Résumé des conclusions

Il importe de souligner, au départ, que le présent pourvoi touche directement au cœur de la liberté d’association garantie par la *Charte*. Bien que notre Cour ait déjà conclu que certaines restric-

that certain restrictions upon collective bargaining and strike activity do not infringe the *Charter's* freedom of association guarantee, this appeal is not concerned with the right to strike or to bargain collectively. The appellant does not argue that he has a constitutional entitlement to participate in a certified trade union under the *PSSRA* with the right to engage in collective bargaining. His submissions are focussed upon the purpose and effect of the legislation in relation to basic associational activities by RCMP members. Although the respondent and several of the interveners sought to characterize the issue in this appeal as relating more broadly to collective bargaining, we do not consider it necessary or appropriate to go beyond the scope of the appellant's narrow claim. We are concerned here with the issue of whether the purpose or effect of the legislation is to interfere with the basic freedom of employees to associate informally in pursuance of their mutual interests as employees. It is clear in light of the jurisprudence of this Court that s. 2(d) of the *Charter* does protect this freedom.

tions en matière de négociation collective et de débrayage ne portent pas atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*, le présent pourvoi ne porte ni sur le droit de faire la grève ni sur celui de négocier collectivement. L'appellant ne prétend pas que la Constitution lui reconnaît le droit de participer aux activités d'un syndicat accrédité sous le régime de la *LRTFP*, auquel s'ajoute le droit de négocier collectivement. Son argumentation est axée sur l'objet et l'effet de la mesure législative en cause relativement aux activités associatives fondamentales des membres de la GRC. Bien que l'intimé et plusieurs intervenants aient cherché à décrire la question en litige dans le présent pourvoi comme se rapportant de manière plus générale à la négociation collective, nous considérons qu'il n'est ni nécessaire ni approprié d'aller au-delà de la demande restreinte de l'appellant. La question qui nous intéresse en l'espèce est de savoir si la mesure législative en cause a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté fondamentale des employés de s'associer de façon informelle pour défendre leurs intérêts communs en tant qu'employés. Il ressort nettement de la jurisprudence de notre Cour que l'al. 2d) de la *Charte* protège cette liberté.

52

Our analysis herein will begin with a summary of the extensive and uncontested jurisprudential and legislative foundation for the freedom of employees to form and participate in informal associations. Next, we examine in detail Parliament's purpose in excluding members of the RCMP from the application of the *PSSRA*. In our view, the appellant's purpose-based freedom of association claim is well founded. In light of the history of the RCMP and the social and legislative context surrounding the enactment of para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA*, we find that para. (e) has the improper purpose of seeking to maintain the inability of RCMP members to associate into labour associations, aside altogether from any negative effects that the provision may have upon such associations. We conclude that the impugned provision is not saved under s. 1.

Notre analyse en l'espèce commence par un résumé du fondement jurisprudentiel et législatif, approfondi et incontesté, de la liberté des employés de former des associations informelles et de participer à leurs activités. Ensuite, nous examinons en détail l'objet visé par le législateur en soustrayant les membres de la GRC à l'application de la *LRTFP*. À notre avis, l'argument de la liberté d'association fondé sur l'objet visé, avancé par l'appellant, est bien fondé. Compte tenu de l'histoire de la GRC et du contexte social et législatif dans lequel a été adopté l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP*, nous concluons que l'al. e) a pour objet abusif de maintenir l'incapacité des membres de la GRC de former des associations d'employés, indépendamment de tout effet négatif que cette disposition peut avoir sur de telles associations. Nous concluons que la disposition contestée n'est pas sauvegardée par l'article premier.

In light of our finding with respect to the appellant's s. 2(d) claim, it is not necessary to address the question of whether the impugned legislation has impermissible effects, or the appellant's claims under ss. 2(b) or 15(1) of the *Charter*. Similarly, in light of our finding regarding the *PSSRA*, we make no comment as to the constitutional validity of s. 6 of the *Canada Labour Code*.

### III. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(d) freedom of association.

*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35

2. In this Act,

. . .

“employee” means a person employed in the Public Service, other than

. . .

(e) a person who is a member or special constable of the Royal Canadian Mounted Police or who is employed by that Force under terms and conditions substantially the same as those of a member thereof

...

#### IV. Judicial History

A. *Superior Court of Quebec*, [1990] R.J.Q. 234

Michaud J. found that, notwithstanding various disadvantages and unfairness experienced by members of the RCMP as a result of their exclu-

Vu notre conclusion relative à la demande de l'appelant fondée sur l'al. 2d), il n'est nécessaire d'examiner ni ses demandes fondées sur l'al. 2b) ou le par. 15(1) de la *Charte*, ni la question de savoir si la mesure législative contestée a des effets inacceptables. De même, en raison de notre conclusion concernant la *LRTFP*, nous ne faisons aucun commentaire sur la constitutionnalité de l'art. 6 du *Code canadien du travail*.

### III. Dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

d) liberté d'association.

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

«fonctionnaire» Personne employée dans la fonction publique, [. . .] mais à l'exclusion des personnes:

. . .

e) qui sont membres, ou gendarmes auxiliaires, de la Gendarmerie royale du Canada, ou y sont employées sensiblement aux mêmes conditions que les membres de la Gendarmerie;

#### IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure du Québec*, [1990] R.J.Q. 234

Le juge Michaud a conclu que, malgré les divers inconvénients et l'injustice qu'elle leur a causés, l'exclusion des membres de la GRC d'un régime

53

54

55

sion from a statutory labour relations regime, the exclusion does not infringe their freedom of association under s. 2(d). Relying upon the 1987 trilogy of *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”), *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, Michaud J. held that s. 2(d) guarantees neither the right to bargain collectively nor the right to strike. Michaud J. noted that the denial of constitutional protection to collective bargaining did not imply that members of the RCMP have no right to associate, stating that they do have the right to associate for lawful purposes. Michaud J. also dismissed the ss. 2(b) and 15(1) claims.

législatif de relations du travail ne porte pas atteinte à la liberté d’association que leur garantit l’al. 2d). Se fondant sur la trilogie de 1987 composée du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le «*Renvoi relatif à l’Alberta*»), de l’arrêt *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et de l’arrêt *SGDMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, le juge Michaud a décidé que l’al. 2d) ne garantit ni le droit de négocier collectivement ni celui de faire la grève. Le juge Michaud a souligné que le refus d’accorder la protection constitutionnelle à la négociation collective ne signifiait pas que les membres de la GRC n’ont pas le droit de s’associer, ajoutant qu’ils ont effectivement le droit de s’associer à des fins légitimes. Il a également rejeté les demandes fondées sur l’al. 2b) et le par. 15(1).

56

Having found no *Charter* infringement, Michaud J. did not rule on the issue of justification under s. 1. However, extensive expert and other social science evidence had been adduced by the parties, particularly regarding police unionization, and he stated that it would be useful for appellate courts to be provided with a summary of the s. 1 evidence. Michaud J. first reviewed five rationales put forward by the Attorney General of Canada in favour of preventing members of the RCMP from forming a union with the ability to engage in work slowdowns and strikes. He stated that, although the problems associated with the anticipated pressure tactics by an association of RCMP members were serious, it was not clear to him whether it was more or less likely that members of the RCMP would engage in a strike or work slowdown if they became members of a certified union. He suggested that unionization and effective collective bargaining might in fact reduce the risk of such drastic tactics, precisely because members would be provided with an effective vehicle for employee communication with management. Michaud J. went on to survey the formation of police unions in Canada and four comparable countries. He found that, in Canada, almost all police forces are unionized and have access to collective bargaining, and although some police forces have engaged in pressure tactics, others have not, despite having been associated into certified unions for many

En raison de sa conclusion à l’absence de violation de la *Charte*, le juge Michaud ne s’est pas prononcé sur la question de la justification au sens de l’article premier. Toutefois, vu que les parties avaient soumis de nombreux éléments de preuve d’expert et autres éléments de preuve en matière de sciences sociales, particulièrement en ce qui concernait la syndicalisation des policiers, le juge Michaud a affirmé qu’il serait utile pour les tribunaux d’appel de disposer d’un résumé de la preuve relative à l’article premier. Le juge Michaud a d’abord examiné les cinq raisons que le procureur général du Canada a exposées pour justifier d’empêcher les membres de la GRC de former un syndicat habilité à déclencher des ralentissements de travail et des grèves. Il a dit que, même si les problèmes liés aux moyens de pression escomptés de la part d’une association de membres de la GRC étaient graves, il n’était pas certain que les membres de la GRC seraient plus ou moins susceptibles de déclencher une grève ou un ralentissement de travail s’ils devenaient membres d’un syndicat accrédité. Il a laissé entendre que la syndicalisation et la négociation collective efficace pourraient en réalité réduire le risque de tactiques aussi draconiennes, justement parce que les membres bénéficieraient d’un bon moyen de communiquer avec la direction. Le juge Michaud a ensuite passé en revue la formation de syndicats policiers au Canada et dans quatre pays compa-

years. He noted that most police forces do not have the right to strike but do have access to compulsory arbitration of disputes.

B. *Quebec Court of Appeal* (1997), 144 D.L.R. (4th) 301

(1) Fish J.A., Forget J.A., concurring

Fish J.A. characterized the issue before the court as being whether or not the *Charter* protects the right to union certification and its effects, including the right to bargain collectively. He stated that the decision of this Court in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“*PIPSC*”), determined that the right to bargain collectively was not protected by s. 2(d). Fish J.A. referred to the plurality reasons of Sopinka J. in *PIPSC*, where it was stated that, because restrictions on collective bargaining do not usually affect the capacity of individuals to create or join a union, such restrictions do not constitute infringements of s. 2(d), unless they interfere with the creation or joining of a union. Fish J.A. considered that, in the appellant’s case, the impugned legislation did not interfere with the creation of an association of employees, but rather only denied to an employee association the right to have reciprocal obligations imposed upon it and its employer through certification. Fish J.A. also dismissed the s. 2(b) and s. 15(1) claims. Having found no infringement of the *Charter*, Fish J.A. did not consider the issue of justification under s. 1.

(2) Baudouin J.A., dissenting

Baudouin J.A. agreed that the impugned legislation did not infringe s. 2(b) or s. 15(1) of the *Charter*, but found that the legislation did violate

ables. Il a constaté qu’au Canada presque tous les corps policiers sont syndiqués et ont accès à la négociation collective, et que, même si certains corps policiers avaient eu recours à des moyens de pression, d’autres ne l’avaient pas fait malgré leur appartenance à un syndicat accrédité depuis des années. Il a fait observer que la plupart des corps policiers n’ont pas le droit de faire la grève, mais qu’ils ont accès à l’arbitrage obligatoire des différends.

B. *Cour d’appel du Québec* (1997), 144 D.L.R. (4th) 301

(1) Le juge Fish, avec l’appui du juge Forget

Le juge Fish a considéré que la question que devait trancher la cour était de savoir si la *Charte* protège le droit à l’accréditation syndicale et ses effets, y compris le droit de négocier collectivement. Il a dit que l’arrêt de notre Cour *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 («*IPFPC*») avait établi que le droit de négocier collectivement n’était pas protégé par l’al. 2d). Le juge Fish a renvoyé aux motifs majoritaires du juge Sopinka dans *IPFPC*, où il est affirmé que, puisque les restrictions apportées à la négociation collective n’influent généralement pas sur la capacité d’individus de former un syndicat ou d’y adhérer, ces restrictions ne contreviennent pas à l’al. 2d), à moins qu’elles n’empêchent de former un syndicat ou d’y adhérer. Le juge Fish a estimé que, dans le cas de l’appelant, la mesure législative contestée n’empêchait pas la formation d’une association d’employés, mais ne faisait plutôt que refuser à une telle association et à l’employeur le droit de se voir imposer des obligations réciproques grâce à l’accréditation. Le juge Fish a aussi rejeté les demandes fondées sur l’al. 2b) et le par. 15(1). Ayant conclu à l’absence de violation de la *Charte*, le juge Fish n’a pas examiné la question de la justification au sens de l’article premier.

(2) Le juge Baudouin, dissident

Le juge Baudouin a convenu que la mesure législative contestée ne violait ni l’al. 2b) ni le par. 15(1) de la *Charte*, mais il a conclu qu’elle

s. 2(d)'s guarantee of freedom of association. He stated that the direct effect of the impugned legislative provisions was to interfere with the ability of RCMP members to associate freely in an association of their choice, apart altogether from issues of certification and collective bargaining. He stated that certification and collective bargaining are possible but not essential consequences of association into a union, and that the legislation could quite properly have permitted unionization without according full collective bargaining rights or the right to strike. In support of his conclusion, Baudouin J.A. referred to *Atkins v. City of Charlotte*, 296 F. Supp. 1068 (1969), in which a three-judge panel of the United States District Court of North Carolina found that the right to join a national labour organization was protected under the First and Fourteenth Amendments, but that the right to bargain collectively was not similarly protected.

portait atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2d). Il a dit que les dispositions législatives contestées avaient directement pour effet d'empêcher les membres de la GRC de s'associer librement dans une structure de leur choix, indépendamment des questions d'accréditation et de négociation collective. Il a affirmé que l'accréditation et la négociation collective sont des conséquences possibles mais non nécessaires d'une association syndicale, et que le législateur aurait fort bien pu permettre la syndicalisation sans accorder des droits complets à la négociation collective ou le droit de faire la grève. À l'appui de sa conclusion, le juge Baudouin a renvoyé à la décision américaine *Atkins c. City of Charlotte*, 296 F. Supp. 1068 (1969), où une formation de trois juges de la District Court de la Caroline du Nord a décidé que le droit d'adhérer à un syndicat de travailleurs national était protégé par les Premier et Quatorzième amendements, mais que le droit de négocier collectivement ne bénéficiait pas de la même protection.

59

Baudouin J.A. found that the infringement of s. 2(d) of the *Charter* did not pass the minimal impairment element of the s. 1 inquiry. He noted that the legislation was not the least drastic reasonable means of assuring continued public security, since it was possible to permit the formation of RCMP member associations without permitting work slowdowns or strikes, as was the case for several other police forces. Baudouin J.A. concluded that it was not inconsistent with this Court's 1987 trilogy to find that the simple right to organize into an employee association is protected under s. 2(d). He stated that the denial of the right to unionize in this limited way was inconsistent with the principles set out in the preamble to the *Canada Labour Code* and with Canada's international obligations pursuant to Article 22(2) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171.

Le juge Baudouin a conclu que la violation de l'al. 2d) de la *Charte* ne satisfaisait pas au volet de l'atteinte minimale de l'examen fondé sur l'article premier. Il a souligné que la mesure législative en cause ne constituait pas le moyen raisonnable le moins draconien de maintenir la sécurité publique puisqu'il était possible de permettre la formation d'associations de membres de la GRC sans autoriser les ralentissements de travail ou les grèves, à l'instar de plusieurs autres corps policiers. Le juge Baudouin a décidé qu'il n'était pas incompatible avec la trilogie de 1987 de notre Cour de conclure que le simple droit de former une association d'employés est protégé par l'al. 2d). Il a affirmé que le refus d'accorder le droit de se syndiquer de cette façon limitée était incompatible avec les principes énoncés dans le préambule du *Code canadien du travail* et les obligations internationales qui incombent au Canada en vertu de l'article 22(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171.

## V. Issues

## V. Les questions en litige

60

On December 17, 1997, the Chief Justice stated the following four constitutional questions:

Le 17 décembre 1997, le Juge en chef a énoncé les quatre questions constitutionnelles suivantes:

- |   |  |
|---|--|
| <p>(1) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the <i>Canada Labour Code</i> and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the <i>Public Service Staff Relations Act</i> infringe or deny the appellant’s freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>(2) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the <i>Canada Labour Code</i> and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the <i>Public Service Staff Relations Act</i> infringe or deny the appellant’s freedom of association guaranteed in s. 2(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>(3) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the <i>Canada Labour Code</i> and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the <i>Public Service Staff Relations Act</i> infringe upon the appellant’s equality rights guaranteed in s. 15(1) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> <p>(4) If the answer to questions 1, 2, or 3 is in the affirmative, can s. 6 (formerly 109(4)) of the <i>Canada Labour Code</i> and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the <i>Public Service Staff Relations Act</i> be justified under s. 1 of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>?</p> | <p>(1) L’article 6 (auparavant le par. 109(4)) du <i>Code canadien du travail</i> et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la <i>Loi sur les relations de travail dans la fonction publique</i> portent-ils atteinte à la liberté d’expression garantie à l’appelant par l’al. 2b) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>(2) L’article 6 (auparavant le par. 109(4)) du <i>Code canadien du travail</i> et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la <i>Loi sur les relations de travail dans la fonction publique</i> portent-ils atteinte à la liberté d’association garantie à l’appelant par l’al. 2d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>(3) L’article 6 (auparavant le par. 109(4)) du <i>Code canadien du travail</i> et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la <i>Loi sur les relations de travail dans la fonction publique</i> portent-ils atteinte aux droits à l’égalité garantis à l’appelant par le par. 15(1) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> <p>(4) En cas de réponse affirmative aux première, deuxième ou troisième questions, l’art. 6 (auparavant le par. 109(4)) du <i>Code canadien du travail</i> et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la <i>Loi sur les relations de travail dans la fonction publique</i> peuvent-ils être justifiés au sens de l’article premier de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>?</p> |
|---|--|

Once again it is important to recall that the appellant does not seek in these proceedings to obtain the right to bargain collectively. Further he does not dispute that there can be statutory provisions prohibiting strikes and work slowdowns. His position is that the very purpose of the impugned legislation is to interfere with his ability to participate in an informal association of RCMP members, and that the legislation has been successful in impeding the creation of such associations.

## VI. Analysis

### A. *Freedom of Association*

The human animal is inherently sociable. People bind together in a myriad of ways, whether it be in a family, a nation, a religious organization, a hockey team, a service club, a political party, a ratepayers association, a tenants organization, a

Là encore, il est important de rappeler que l’appelant ne cherche pas, en l’espèce, à obtenir le droit de négoier collectivement. Il ne conteste pas non plus qu’il puisse y avoir des dispositions législatives interdisant les grèves et les ralentissements de travail. Il soutient que la mesure législative contestée a pour objet même de l’empêcher de participer aux activités d’une association informelle de membres de la GRC, et qu’elle a effectivement empêché la formation de telles associations.

## VI. Analyse

### A. *La liberté d’association*

L’être humain est fondamentalement sociable. Les gens établissent des liens entre eux d’une multitude de façons, que ce soit sous forme d’une famille, d’une nation, d’un organisme religieux, d’une équipe de hockey, d’un club philantro-

partnership, a corporation, or a trade union. By combining together, people seek to improve every aspect of their lives. Through membership in a religious group, for example, they seek to fulfill their spiritual aspirations; through a community organization they seek to provide better facilities for their neighbourhood; through membership in a union they seek to improve their working conditions. The ability to choose their organizations is of critical importance to all people. It is the organizations which an individual chooses to join that to some extent define that individual.

63

This Court has emphasized on several occasions the fundamental importance in a democratic society of the freedom to associate, as protected under s. 2(d) of the *Charter*. The words of Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, exemplify the tenor of these various statements (at pp. 365-66):

The purpose of the constitutional guarantee of freedom of association is, I believe, to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends.

. . .

As social beings, our freedom to act with others is a primary condition of community life, human progress and civilized society.

. . .

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict.

pique, d'un parti politique, d'une association de contribuables, d'une association de locataires, d'un partenariat, d'une entité juridique ou d'un syndicat. En s'associant, les gens tentent d'améliorer chaque aspect de leur vie. En appartenant à un groupe religieux, par exemple, ils cherchent à répondre à leurs aspirations spirituelles; en appartenant à un organisme communautaire, ils essaient de procurer de meilleures installations à leur voisinage; en adhérant à un syndicat, ils cherchent à améliorer leurs conditions de travail. La capacité de choisir de faire partie d'une organisation revêt une importance cruciale pour tous. Ce sont les organisations auxquelles une personne choisit d'adhérer qui, dans une certaine mesure, définissent cette personne.

Notre Cour a souligné à maintes reprises l'importance fondamentale que revêt, dans une société démocratique, la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Les propos tenus par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, illustrent la teneur de ces divers énoncés (aux pp. 365 et 366):

À mon sens, la garantie constitutionnelle de la liberté d'association vise à reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et à protéger l'individu contre tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins.

. . .

En tant qu'êtres sociaux, notre liberté d'agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d'une société civilisée.

. . .

La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraînent en conflit.

For similar comments see, e.g., *Alberta Reference*, *supra*, at p. 334, *per* Dickson C.J., p. 395, *per* McIntyre J., and p. 391, *per* Le Dain J.; *PIPSC*, *supra*, at pp. 379-80, *per* Cory J.; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 316, *per* La Forest J., and p. 343, *per* McLachlin J.

(1) The Freedom of Employees to Associate, as Expressed in Jurisprudence, Legislation, and International Instruments

In the *Alberta Reference*, *supra*, all judges who wrote expressed their unqualified agreement that s. 2(d) of the *Charter* protects the basic freedom to create, join, and maintain membership in an association such as a trade union. Writing for three of the six members of the Court who took part in the judgment, Le Dain J. stated, at p. 391:

... the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal is not to be taken for granted. That is indicated by its express recognition and protection in labour relations legislation. It is a freedom that has been suppressed in varying degrees from time to time by totalitarian regimes.

What is in issue here is not the importance of freedom of association in this sense, which is the one I ascribe to s. 2(d) of the Charter, but whether particular activity of an association in pursuit of its objects is to be constitutionally protected or left to be regulated by legislative policy. [Emphasis added.]

Similarly, McIntyre J. stated, at p. 407:

... it must surely be accepted that the concept of freedom of association includes at least the right to join with others in lawful, common pursuits and to establish and maintain organizations and associations. . . .

Speaking for himself and Wilson J., Dickson C.J. echoed the same point, at p. 363:

Pour des observations similaires, voir, par exemple, le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, à la p. 334, le juge en chef Dickson, à la p. 395, le juge McIntyre, et à la p. 391, le juge Le Dain; l'arrêt *IPFPC*, précité, aux pp. 379 et 380, le juge Cory; l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 316, le juge La Forest, et à la p. 343, le juge McLachlin.

(1) La liberté d'association des employés selon la jurisprudence, la loi et les instruments internationaux

Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, tous les juges qui ont rédigé des motifs ont exprimé leur acceptation sans réserve que l'al. 2d) de la *Charte* garantit la liberté fondamentale de former une association comme un syndicat, d'y adhérer et de continuer d'en faire partie. S'exprimant au nom de trois des six membres de notre Cour qui ont pris part au jugement, le juge Le Dain a dit, à la p. 391:

... la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles ne doit pas être tenue pour acquise. Cela ressort de sa reconnaissance et de sa protection expresses dans la législation en matière de relations de travail. C'est une liberté qui a été plus ou moins supprimée à l'occasion par des régimes totalitaires.

Ce qui est en cause en l'espèce est non pas l'importance de la liberté d'association en ce sens, qui est celui que je prête à l'al. 2d) de la Charte, mais la question de savoir si une activité particulière qu'exerce une association en poursuivant ses objectifs, doit être protégée par la Constitution ou faire l'objet d'une réglementation par voie de politiques législatives. [Nous soulignons.]

De même, le juge McIntyre a affirmé, à la p. 407:

... on doit certainement accepter que la notion de la liberté d'association inclut à tout le moins le droit de se joindre à d'autres pour poursuivre des objectifs communs licites et pour constituer et maintenir des organisations et des associations. . . .

S'exprimant en son propre nom et en celui du juge Wilson, le juge en chef Dickson a fait la même remarque, à la p. 363:

... it is unquestionable that s. 2(d), at a minimum, guarantees the liberty of persons to be in association or belong to an organization. ... [Emphasis in original.]

65 In *PIPSC, supra*, Sopinka J. summarized the unanimous finding of the Court in the *Alberta Reference* on this point in the following terms, at pp. 401-2:

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(d) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association;

Any governmental restriction on the formation of or membership in associations would fall afoul of this aspect of s. 2(d), which may safely be regarded as the narrowest conception of the freedom of association.

66 An interpretation of s. 2(d) as protecting the right to participate in a trade union accords well with a purposive and contextual reading of the *Charter*. It is clear from this Court's jurisprudence that a fundamental purpose of the freedom of association guarantee is to preserve and promote the existence of associations which assist in the attainment of individual goals and individual self-fulfilment. It is equally clear that trade unions play an essential role in Canadian society in achieving precisely these purposes. This Court has consistently recognized the importance of work as an essential element of human personality. In the *Alberta Reference, supra*, Dickson C.J. stated, at p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

... il ne fait aucun doute que l'al. 2d), à tout le moins, garantit aux personnes la liberté d'être associées ou d'appartenir à une organisation... [Souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *IPFPC*, précité, le juge Sopinka a résumé ainsi la conclusion unanime que la Cour a tirée à ce sujet dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* (aux pp. 401 et 402):

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, j'arrive à la conclusion qu'il se dégage quatre propositions différentes quant à l'étendue de la liberté d'association garantie par l'al. 2d): premièrement, l'al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir;

Toute restriction apportée par le gouvernement au droit de constituer des associations ou à celui d'y appartenir se heurterait à cet aspect de l'al. 2d), qu'on peut considérer comme la conception la plus restrictive de la liberté d'association.

Interpréter l'al. 2d) comme protégeant le droit de participer aux activités d'un syndicat concorde bien avec une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet visé et le contexte. Il ressort nettement de la jurisprudence de notre Cour qu'un objet fondamental de la garantie de liberté d'association est de préserver et d'encourager l'existence d'associations qui contribuent à la réalisation d'objectifs personnels et à l'accomplissement personnel. Il est également clair que les syndicats jouent un rôle essentiel dans la société canadienne pour ce qui est justement de réaliser ces objets. Notre Cour a constamment reconnu l'importance du travail en tant qu'élément essentiel de la personnalité humaine. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge en chef Dickson affirme, à la p. 368:

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

See similarly, e.g., *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 300, per La Forest J.; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1002; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 95, per Iacobucci J.

The Court has also acknowledged the inherent vulnerability and inequality of the individual employee in the workplace in the face of management. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051, Dickson C.J. concluded, on behalf of the majority of the Court, that employees are a vulnerable group in Canadian society. In *Wallace*, *supra*, Iacobucci J. noted that this vulnerability is underscored by the very importance which our society attaches to employment. He emphasized the inequality of bargaining power and information between employees and employers, noting that this power imbalance is not limited to the context of the employment contract proper, but rather affects “virtually all facets of the employment relationship”: para. 92.

The ability of employees to form and join an employee association is thus crucially linked to their economic and emotional well-being. Membership in employee groups assists the individual member in a great many ways. Simply to join a trade union is an important exercise of an individual’s freedom of expression. It is a group which so often brings to the individual a sense of self-worth and dignity. An employee association provides a means of openly and frankly discussing work-related problems without fear of interference or intimidation by the employer. The association provides a means of expressing a collective voice, not only in communicating with the employer, but also in communicating with government, other groups, and the general public. The fundamental importance of the union remains, even though a statute may prohibit the employees from going on strike, or from holding a sit-in. The freedom of employees to participate in an employee association is basic and essential in our society. A statute whose purpose or effect is to interfere with the for-

De même, voir, par exemple, les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 300, le juge La Forest; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la p. 1002; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, au par. 95, le juge Iacobucci.

Notre Cour a aussi reconnu la vulnérabilité inhérente et l’inégalité de l’employé face à la direction en milieu de travail. Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051, le juge en chef Dickson a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que les employés sont un groupe vulnérable dans la société canadienne. Dans *Wallace*, précité, le juge Iacobucci a fait remarquer que cette vulnérabilité ressort de l’importance même que notre société accorde à l’emploi. Il a souligné l’inégalité qui existe entre l’employé et l’employeur sur le plan du pouvoir de négociation et des renseignements dont ils disposent, faisant remarquer que cette inégalité du rapport de force n’est pas limitée au contrat de travail lui-même, mais touche plutôt à «presque toutes les facettes de la relation entre l’employeur et son employé»: par. 92.

La capacité des employés de former une association d’employés et d’y adhérer a donc un lien décisif avec leur bien-être sur les plans économique et émotionnel. L’appartenance à un groupe d’employés aide le membre d’une multitude de façons. Le simple fait d’adhérer à un syndicat est un exercice important de la liberté d’expression d’une personne. C’est un groupe qui procure si souvent à l’individu un sentiment de valorisation et de dignité. Une association d’employés fournit un moyen de discuter ouvertement et franchement des problèmes liés au travail sans crainte d’intervention ou d’intimidation de la part de l’employeur. L’association fournit un moyen d’exprimer une voix collective pour communiquer non seulement avec l’employeur, mais aussi avec le gouvernement, d’autres groupes et le public en général. Le syndicat conserve son importance fondamentale même si une loi peut interdire aux employés de déclencher une grève ou d’occuper des lieux. La liberté de l’employé de participer aux activités d’une association d’employés est fondamentale et

67

68

mation of employee associations will clearly infringe s. 2(d) of the *Charter*.

69

The fundamental freedom of the individual simply to participate in a union is widely recognized in provincial and federal statutes and in international covenants to which Canada is a party. For example, s. 6 of the *PSSRA* specifically protects this basic right for employees who are subject to its labour relations provisions, in the following terms:

BASIC RIGHTS AND PROHIBITIONS

*Rights*

6. Every employee may be a member of an employee organization and may participate in the lawful activities of the employee organization of which the employee is a member.

70

The basic right to form and join an employee association as guaranteed by s. 6 is given further protection by provisions of the *PSSRA* which prohibit specific forms of interference with associational activities by employees. Section 8(1) prohibits management from participating in or interfering with the formation or administration of an employee organization, or with the representation of employees by such an organization. Section 8(2) prohibits discrimination, harassment, or intimidation against any person relating to his or her membership in an employee organization or to his or her having exercised any other right under the *PSSRA*. Section 9(1) prohibits management from discriminating against an employee organization itself. See, analogously, ss. 8, 94 and 96 of the *Canada Labour Code*.

71

The same protections contained in the federal statutory labour relations regimes are found in several international instruments to which Canada is a signatory. These include Article 23(4) of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948); Article 22 of the *International Covenant on Civil*

essentielle dans notre société. Une loi qui a pour objet ou pour effet d'entraver la formation d'associations d'employés contrevient manifestement à l'al. 2d) de la *Charte*.

La liberté fondamentale de l'individu de simplement participer aux activités d'un syndicat est largement reconnue dans la législation provinciale et fédérale, et dans les traités internationaux dont le Canada est signataire. Par exemple, l'art. 6 de la *LRTFP* protège expressément ce droit fondamental dans le cas des employés qui sont assujettis à ses dispositions en matière de relations du travail:

DROITS ET INTERDICTIONS ESSENTIELS

*Droits*

6. Un fonctionnaire peut adhérer à une organisation syndicale et participer à l'activité légitime de celle-ci.

Le droit fondamental, garanti par l'art. 6, de former une association d'employés et d'y adhérer bénéficie de la protection supplémentaire des dispositions de la *LRTFP* qui interdisent certaines formes d'ingérence dans les activités associatives de l'employé. Le paragraphe 8(1) interdit à la direction de participer à la formation ou à l'administration d'une organisation syndicale, ou d'intervenir dans la représentation des fonctionnaires par une telle organisation ou dans les affaires en général de celle-ci. Le paragraphe 8(2) interdit la discrimination, le harcèlement et l'intimidation à l'égard d'une personne en raison de son appartenance à une organisation syndicale ou parce qu'elle a exercé quelque autre droit conféré par la *LRTFP*. Le paragraphe 9(1) interdit à la direction d'établir des distinctions injustes à l'égard de l'organisation syndicale elle-même. Comparer avec les art. 8, 94 et 96 du *Code canadien du travail*.

Les protections contenues dans les régimes législatifs fédéraux de relations du travail se retrouvent également dans plusieurs instruments internationaux dont le Canada est signataire. Ceux-ci incluent l'article 23(4) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), l'article 22 du

*and Political Rights*; Article 8 of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3; Articles 2 and 3 of the International Labour Organization's *Convention (No. 87) Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize*, 67 U.N.T.S. 17; and the *Conference on Security and Co-operation in Europe — Concluding Document* (Madrid Conference (1983)), 22 I.L.M. 1398, p. 1399, at para. 13. All of these instruments protect the fundamental freedom of employees to associate together in pursuit of their common interests as employees. Several of these international agreements do recognize the right of Canada and other states to impose lawful restrictions on the armed forces and police where that is necessary to protect national security or public safety. However, we see such restrictions as premised upon lawful justifications for infringement of the freedom to associate, and thus relevant under s. 1 of the *Charter*, rather than as part of the definition of freedom of association itself.

We would emphasize that it is not necessary in this appeal to go beyond this unassailable core content of the freedom of association guarantee. It is not necessary to expand upon or apply the principles articulated by this Court in previous cases regarding the interplay between collective bargaining rights and s. 2(d) of the *Charter*. In our view, the appellant is correct in arguing that the very purpose of the exclusion of RCMP members from the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* is to ensure the continued vulnerability of RCMP members to management interference with their efforts to participate in member associations. This invalid purpose is sufficient in itself to infringe the appellant's freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. This purpose exists regardless of one's views as to whether the ability of RCMP members to engage in collective bargaining should receive constitutional protection.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, l'article 8 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, les articles 2 et 3 de la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 67 R.T.N.U. 17, adoptée par l'Organisation internationale du travail, ainsi que la *Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe — Document de clôture* (Conférence de Madrid (1983)), 22 I.L.M. 1398, p. 1399, au par. 13. Tous ces instruments protègent la liberté fondamentale des employés de s'associer pour défendre leurs intérêts à titre d'employés. Plusieurs de ces conventions internationales reconnaissent le droit du Canada et d'autres États d'imposer des restrictions légitimes aux forces armées et à la police lorsque c'est nécessaire pour préserver la sécurité du pays ou celle du public. Toutefois, nous considérons que ces restrictions reposent sur des justifications légitimes de l'atteinte à la liberté d'association et qu'elles sont donc pertinentes en vertu de l'article premier de la *Charte*, plutôt que comme partie de la définition de la liberté d'association elle-même.

Nous tenons à souligner qu'il n'est pas nécessaire, dans le présent pourvoi, d'aller au-delà de cet élément essentiel inattaquable de la garantie de liberté d'association. Il n'est pas nécessaire d'approfondir ou d'appliquer les principes formulés par notre Cour dans des arrêts antérieurs concernant l'interaction des droits à la négociation collective et de l'al. 2d) de la *Charte*. À notre avis, l'appelant a raison de faire valoir que l'objet même de l'exclusion des membres de la GRC de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* est de maintenir la vulnérabilité des membres de la GRC à l'ingérence de la direction dans leurs tentatives de participer aux activités d'une association de membres. Cet objet invalide est suffisant en soi pour porter atteinte à la liberté d'association garantie à l'appelant par l'al. 2d) de la *Charte*. Cet objet existe indépendamment de l'opinion que l'on peut avoir quant à savoir si la capacité des membres de la GRC de négocier collectivement devrait être protégée par la Constitution.

(2) The Purpose of the Exclusion of RCMP Members

73

It is well established that either the purpose or the effects of impugned legislation may infringe a *Charter* right or freedom. Either type of infringement will require the government to attempt to justify the infringement under s. 1. See *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331-33, per Dickson J. (as he then was); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 752, per Dickson C.J.

74

In *Big M Drug Mart*, Dickson J. held that the purpose of impugned legislation is the primary consideration in assessing compliance with the *Charter*, while effects will be largely irrelevant if it can be shown that the law has an invalid purpose. As he stated, at p. 334:

... I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose. [Emphasis added.]

In applying the foregoing principles to the facts of the case before him, Dickson J. explained that there is no necessary link between an invalid purpose and invalid effects. Legislation may be shown to have entirely permissible effects, or the *Charter* claimant may be unable to establish a probability that the legislation has impermissible effects, yet

(2) L'objet de l'exclusion des membres de la GRC

Il est bien établi que ni l'objet ni les effets d'une mesure législative contestée ne peuvent porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. L'une ou l'autre forme d'atteinte obligera le gouvernement à tenter de la justifier au sens de l'article premier. Voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 331 à 333, le juge Dickson (plus tard Juge en chef); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 752, le juge en chef Dickson.

Dans *Big M Drug Mart*, le juge Dickson a décidé que l'objet de la mesure législative contestée est le premier facteur à considérer en évaluant la conformité avec la *Charte*, alors que les effets seront largement inutiles s'il est possible de démontrer que l'objet de la loi en cause n'est pas valable ou valide. Comme il l'a affirmé, à la p. 334:

... je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable. [Nous soulignons.]

En appliquant les principes qui précèdent aux faits de l'affaire dont il était saisi, le juge Dickson a expliqué qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre un objet invalide et des effets invalides. Il se peut qu'il soit démontré que la mesure législative en cause a des effets totalement acceptables, ou que l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* soit incapable d'établir l'existence d'une probabilité que cette mesure ait des effets inacceptables, et pourtant un objet invalide contreviendra à la

an invalid purpose will constitute an infringement of the *Charter*. In his words, at p. 333:

If the acknowledged purpose of the *Lord's Day Act*, namely, the compulsion of sabbatical observance, offends freedom of religion, it is then unnecessary to consider the actual impact of Sunday closing upon religious freedom. Even if such effects were found inoffensive, as the Attorney General of Alberta urges, this could not save legislation whose purpose has been found to violate the *Charter's* guarantees. In any event, I would find it difficult to conceive of legislation with an unconstitutional purpose, where the effects would not also be unconstitutional. [Emphasis added.]

The emphasis placed in *Big M Drug Mart* upon the importance of considering the validity of legislation's purpose is justified by a number of considerations of fairness for the *Charter* claimant. One can easily imagine cases where the actual tangible effects of legislative action may be difficult to prove in practice even though they may be strongly suspected, and where it is vital to the protection of *Charter* rights to permit the legislation to be attacked on the basis of its invalid purpose. There may similarly be occasions where legislation with an invalid purpose has no actual effects, whether permissible or impermissible — for example in the case of some declaratory legislation, or even simply where legislation is ineffective. A *Charter* claimant should not be penalized by the peculiar circumstances surrounding the claim, nor should legislation be immune from *Charter* scrutiny, where the legislation at issue was undertaken for a purpose that conflicts with the *Charter*. A court must intervene where an invalid purpose for enacting the legislation has been shown because the legislature has in those circumstances exceeded its jurisdiction, regardless of whether it has caused actual harm. The point is well stated by Dickson J., at pp. 331-32:

... consideration of the object of legislation is vital if rights are to be fully protected. The assessment by the courts of legislative purpose focuses scrutiny upon the

*Charte*. Pour reprendre ses propres termes, à la p. 333:

Si l'objet reconnu de la *Loi sur le dimanche*, savoir rendre obligatoire l'observance du sabbat, porte atteinte à la liberté de religion, il n'est pas nécessaire alors d'examiner les répercussions réelles de la fermeture le dimanche sur la liberté de religion. Même si ces effets étaient jugés inoffensifs, comme le préconise le procureur général de l'Alberta, cela ne pourrait permettre de sauver une loi dont on a conclu que l'objet viole les garanties de la *Charte*. En tout état de cause, il me serait difficile de concevoir une loi qui aurait un objet inconstitutionnel et dont les effets ne seraient pas eux aussi inconstitutionnels. [Nous soulignons.]

L'accent mis, dans *Big M Drug Mart*, sur l'importance d'examiner la validité de l'objet de la mesure législative en cause est justifié par un certain nombre de considérations d'équité pour l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte*. On imagine facilement des cas où il peut être difficile d'établir concrètement les effets réels tangibles d'une mesure législative, même s'il se peut qu'on en soupçonne sérieusement l'existence, et où il est essentiel à la protection de droits garantis par la *Charte* de permettre de contester cette mesure législative en fonction de son objet invalide. De même, il peut y avoir des occasions où une mesure législative ayant un objet invalide est dénuée d'effets réels acceptables ou inacceptables — notamment dans le cas d'une mesure législative déclaratoire, ou même simplement où la mesure législative en cause est sans effet. L'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* ne devrait pas être pénalisé par les circonstances particulières dans lesquelles sa demande est faite, et la mesure législative qui a été adoptée dans un but incompatible avec la *Charte* ne devrait pas non plus échapper à l'examen fondé sur la *Charte*. Un tribunal doit intervenir lorsque l'existence d'un objectif invalide d'adopter la mesure législative a été démontrée du fait que le législateur a excédé sa compétence dans ces circonstances, indépendamment de la question de savoir s'il en a résulté un préjudice réel. Cette question est bien exposée par le juge Dickson, aux pp. 331 et 332:

... il est essentiel d'examiner le but de la loi si l'on veut que des droits soient pleinement protégés. L'évaluation par les tribunaux de l'objet d'une loi est axée sur

aims and objectives of the legislature and ensures they are consonant with the guarantees enshrined in the *Charter*. The declaration that certain objects lie outside the legislature's power checks governmental action at the first stage of unconstitutional conduct. Further, it will provide more ready and more vigorous protection of constitutional rights by obviating the individual litigant's need to prove effects violative of *Charter* rights. It will also allow courts to dispose of cases where the object is clearly improper, without inquiring into the legislation's actual impact.

76

A *Charter* claimant who seeks to establish that impugned legislation infringes a *Charter* right or freedom by virtue of its purpose bears the onus of establishing the alleged invalid purpose on a balance of probabilities. The ordinary rules of evidence applicable in civil trials apply. Accordingly, it cannot be assumed that the purpose of a law is invalid solely because an invalid purpose is a plausible purpose of the law. There must be clear evidence that an invalid purpose is probable. In addition, the evidence must rebut the presumption of constitutionality. That is, if there are two equally probable purposes for the impugned legislation, and one of these purposes is valid and is not inextricably linked to the invalid purpose, then the valid purpose is presumed to apply: *Slaight Communications, supra*, at p. 1078, *per* Lamer J. (as he then was); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 581-82, *per* Lamer C.J. However, where the *Charter* claimant is able to adduce a preponderance of evidence of the invalid purpose, the presumption of constitutionality is rebutted and the court is required to find an infringement of the *Charter*.

77

In considering the purpose of para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* in the present appeal, we are mindful of the importance of determining the original purpose of the provision at its enactment. It is inappropriate to premise *Charter* analysis upon a modern understanding of legislative purpose which is different from, and perhaps more constitutionally acceptable

les objectifs poursuivis par le législateur et vise à assurer leur compatibilité avec les garanties enchâssées dans la *Charte*. La déclaration que certains buts outrepassent la compétence du législateur a pour effet d'arrêter l'action du gouvernement à la première étape d'une conduite inconstitutionnelle. En outre, cela permet d'assurer une protection plus prompte et plus énergique des droits garantis par la Constitution en évitant au plaideur d'avoir à prouver l'existence d'effets qui violent des droits garantis par la *Charte*. Cela permet également aux tribunaux de statuer sur des cas où le but d'une loi est nettement abusif, sans avoir à examiner les répercussions réelles de cette loi.

Il incombe à l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* qui cherche à établir que, par son objet, la mesure législative contestée porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* de prouver, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de l'objet invalide allégué. Les règles ordinaires de la preuve en matière civile s'appliquent. Par conséquent, on ne saurait présumer que l'objet d'une loi est invalide uniquement parce qu'un objet invalide est un objet plausible de cette loi. Il doit y avoir une preuve claire de l'existence probable d'un objet invalide. En outre, la preuve doit réfuter la présomption de constitutionnalité. Autrement dit, si la mesure législative contestée comporte deux objets tout aussi probables l'un que l'autre et que l'un de ces objets est valide et non inextricablement lié à l'objet invalide, l'objet valide est alors présumé s'appliquer: *Slaight Communications, précité*, à la p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 581 et 582, le juge en chef Lamer. Cependant, lorsque l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* est en mesure d'établir l'existence de l'objet invalide selon la prépondérance de la preuve, la présomption de constitutionnalité est réfutée et la cour doit conclure qu'il y a violation de la *Charte*.

En examinant l'objet de l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* dans le présent pourvoi, nous sommes conscients de l'importance de déterminer l'objet initial de la disposition au moment de son adoption. Il ne convient pas de procéder à l'analyse fondée sur la *Charte* au moyen d'une interprétation moderne de l'objet de la mesure législative qui est différente de

than, the original purpose. On the error of accepting a “shifting purpose”, see, e.g., *Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 334-36, *per* Dickson J.; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 761, *per* McLachlin J.

It is equally important to ensure that, in evaluating the constitutional validity of the purpose of a legislative provision, the court consider only the purpose of the provision itself and not the broader purpose of the surrounding legislation as a whole. Thus, in the present appeal, the essential issue under s. 2(d) of the *Charter* is whether the purpose of para. (e) infringes freedom of association, not whether the *PSSRA* as a whole does so. Indeed, it is clear that the purpose of the *PSSRA* as a whole is to enhance the associational ability of those employees who are subject to it. The focus must be upon the purpose of excluding members of the RCMP from the *PSSRA*.

In determining the purpose of an impugned legislative provision, a court should look to intrinsic and admissible extrinsic sources regarding the provision’s legislative history and the context of its enactment: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688. In some cases, it is possible for a court to determine the purpose of a particular provision by looking solely to sources intrinsic to the legislation itself, for example by considering the provision in light of the surrounding provisions, including definitions, analogous provisions, and the organization of the Act as a whole. Looking to intrinsic sources may be particularly important where there is little admissible extrinsic evidence of legislative purpose. However, in all cases a court is entitled to consider admissible extrinsic sources if they exist, and indeed is duty-bound to consider such evidence where it is presented by the parties. This accords with the modern contextual approach to statutory interpretation that has been endorsed by this Court. It accords, too, with the contextual manner in which this Court has interpreted and applied the *Charter*. Indeed, in *Charter* cases where a claimant asserts that a law has an invalid purpose, it is to be expected that most if not all of

l’objet initial et qui est peut-être plus constitutionnellement acceptable. Au sujet de l’erreur d’accepter un «objet changeant», voir, par exemple, *Big M Drug Mart*, précité, aux pp. 334 à 336, le juge Dickson, et *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, à la p. 761, le juge McLachlin.

Il est tout aussi important de s’assurer qu’en évaluant la constitutionnalité de l’objet d’une disposition législative la cour n’examine que l’objet de la disposition elle-même, et non pas l’objet général de l’ensemble de la mesure législative dans laquelle elle se trouve. Ainsi, dans le présent pourvoi, la question essentielle qui se pose en vertu de l’al. 2d) de la *Charte* est de savoir si, de par son objet, l’al. e) porte atteinte à la liberté d’association, et non pas si la *LRTFP* le fait dans son ensemble. En fait, il est clair que, dans son ensemble, la *LRTFP* a pour objet d’accroître la capacité des employés qui y sont assujettis de s’associer. L’accent doit être mis sur l’objet de l’exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP*.

Pour déterminer l’objet d’une disposition législative contestée, la cour devrait examiner les sources intrinsèques et extrinsèques admissibles concernant l’historique législatif de cette disposition et le contexte dans lequel elle a été adoptée: *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688. Dans certains cas, la cour est en mesure de déterminer l’objet d’une disposition particulière en se référant uniquement aux sources intrinsèques de la mesure législative elle-même, par exemple, en examinant la disposition en fonction de celles qui l’entourent, y compris les définitions, les dispositions analogues et la structure globale de la loi en question. Il peut être particulièrement important de se référer aux sources intrinsèques lorsque la preuve extrinsèque admissible de l’objectif législatif est mince. Toutefois, la cour a le droit, dans tous les cas, de tenir compte des sources extrinsèques admissibles si elles existent, et est, en réalité, tenue de le faire lorsque de tels éléments de preuve sont présentés par les parties. Cela est conforme à la méthode contextuelle moderne d’interprétation des lois que notre Cour a approuvée. Cela est également conforme à la manière, fondée sur le contexte, dont notre Cour a interprété et appliqué la *Charte*. En

the relevant evidence of legislative purpose will be extrinsic to the statute *per se*.

fait, dans les affaires de *Charte* où le demandeur fait valoir que l'objet d'une loi est invalide, il faut s'attendre que la plupart, voire la totalité, des éléments de preuve pertinents de l'objectif législatif seront extrinsèques par rapport à la loi elle-même.

80 In our view, the present case is one of those rare cases in which Parliament's purpose in enacting a legislative provision must be found to infringe the *Charter*. All indications are that Parliament's purpose in enacting the impugned para. (e) was to ensure that individual RCMP members remained vulnerable to management interference with their associational activities, in order to prevent the undesirable consequences which it was feared would result from RCMP labour associations. Parliament is not entitled to premise a legislative choice upon the perceived "mischief" of employees associating together for a common purpose, subject of course to s. 1. Under s. 2(d), freedom of association is infringed by any law whose purpose is anti-associational.

À notre avis, la présente affaire est l'un des rares cas où il faut conclure que l'objet que le législateur visait en adoptant une disposition législative viole la *Charte*. Tout indique qu'en adoptant l'al. e) contesté, le législateur a voulu assurer que les membres de la GRC, pris individuellement, restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qui, craignait-on, résulteraient des associations d'employés de la GRC. Le législateur n'a pas le droit de fonder un choix législatif sur le «mal» apparent des employés qui s'associent dans la poursuite d'un objectif commun, sous réserve naturellement de l'article premier. Aux termes de l'al. 2d), toute loi qui a pour objet d'empêcher la formation d'associations porte atteinte à la liberté d'association.

81 The invalid purpose of the impugned para. (e) is apparent from numerous sources regarding the provision's legislative history and the context of its enactment, including, most notably: (i) executive orders implementing the long-standing federal government policy of preventing RCMP unionization, (ii) authoritative statements regarding the purpose of the impugned provision, and (iii) the respondent Crown's submissions and the opinions expressed in its expert reports in these proceedings. Importantly, we have not been pointed to any evidence of a valid alternative legislative purpose.

L'objet invalide de l'al. e) contesté ressort de nombreuses sources concernant l'historique législatif de cette disposition et le contexte dans lequel elle a été adoptée, y compris, plus particulièrement, (i) les décrets mettant en œuvre la politique de longue date du gouvernement fédéral consistant à empêcher la syndicalisation de la GRC, (ii) les énoncés concluants au sujet de l'objet de la disposition contestée, et (iii) les arguments de l'intimé et les opinions exprimées dans les rapports d'expert qu'il a déposés en l'espèce. Fait important, on ne nous indique aucune preuve de l'existence de quelque autre objectif législatif valide.

82 Before turning to consider the evidence relating to Parliament's purpose in enacting the impugned para. (e), let us consider the legislation itself.

Avant d'analyser la preuve relative à l'objet visé par le législateur en adoptant l'al. e) contesté, examinons la mesure législative elle-même.

(a) *The Legislation*

a) *La mesure législative*

83 In 1967, Parliament enacted the *PSSRA*, which established for the first time a comprehensive statutory labour relations regime applicable to members of the federal public service. Section 2 of the *PSSRA* limits the application of the *PSSRA* to

En 1967, le Parlement a adopté la *LRTFP*, qui établissait le premier régime législatif complet de relations du travail, qui serait applicable aux membres de la fonction publique fédérale. L'article 2 de la *LRTFP* restreint l'application de cette

members of the federal public service who fall within its definition of an “employee”. Section 2 reads, in relevant part:

2. In this Act,

“employee” means a person employed in the Public Service, other than

(e) a person who is a member or special constable of the Royal Canadian Mounted Police or who is employed by that Force under terms and conditions substantially the same as those of a member thereof

The immediate result of para. (e) is that members of the RCMP are excluded from the application of the *PSSRA*, and thus are denied the statutory protections it extends. The protections are of several varieties. Many of the protections are accorded specifically to a trade union which has been certified as a bargaining agent for the purposes of the *PSSRA*, and are aimed at permitting employees to engage in collective bargaining. Other provisions provide public service employees with access to a grievance procedure whereby they may challenge the conditions of their employment, or the interpretation and application of a relevant statute, regulation, or collective agreement. Still other provisions accord certain fundamental associational protections to individual employees, regardless of whether they belong to a certified trade union, notably the basic right set out in s. 6 of the *PSSRA* to participate in an employee organization, and the basic prohibitions against unfair labour practices set out in ss. 8 and 9 of the *PSSRA*. It is these latter protections that are brought into play in this appeal.

No other statute provides these statutory protections to RCMP members. At the same time, almost all other employees over whom Parliament exercises labour relations jurisdiction receive these very basic protections of their freedom to associate

loi aux membres de la fonction publique fédérale qui sont visés par la définition de «fonctionnaire» qu’on y trouve. La partie pertinente de l’art. 2 se lit ainsi:

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

«fonctionnaire» Personne employée dans la fonction publique, [...] mais à l’exclusion des personnes:

e) qui sont membres, ou gendarmes auxiliaires, de la Gendarmerie royale du Canada, ou y sont employées sensiblement aux mêmes conditions que les membres de la Gendarmerie;

L’alinéa e) a pour résultat immédiat de soustraire les membres de la GRC à l’application de la *LRTFP*, qui se voient ainsi privés des protections qu’elle accorde. Ces protections sont de plusieurs ordres. Un bon nombre de celles-ci sont expressément accordées à un syndicat accrédité comme agent négociateur aux fins de la *LRTFP*, et visent à permettre aux fonctionnaires de négocier collectivement. D’autres dispositions donnent aux fonctionnaires accès à une procédure de grief au moyen de laquelle ils peuvent contester leurs conditions de travail, ou encore l’interprétation et l’application d’une loi, d’un règlement ou d’une convention collective pertinents. Encore est-il que d’autres dispositions accordent aux fonctionnaires, pris individuellement, peu importe qu’ils soient ou non membres d’un syndicat accrédité, certaines protections fondamentales en matière d’association, notamment le droit essentiel, énoncé à l’art. 6 de la *LRTFP*, de participer aux activités d’une organisation syndicale, ainsi que les interdictions essentielles de pratiques déloyales de travail, énoncées aux art. 8 et 9 de la *LRTFP*. Ce sont ces dernières protections qui entrent en jeu dans le présent pourvoi.

Aucune autre loi n’offre ces protections aux membres de la GRC. En même temps, presque tous les autres employés assujettis à la compétence du Parlement en matière de relations du travail bénéficient de ces protections très fondamentales

informally for their mutual benefit. Depending upon the specific employer or occupation, the applicable federal statute is the *Canada Labour Code*, the *Public Service Staff Relations Act* or the *Parliamentary Employment and Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. 33 (2nd Supp.). Members of the RCMP are literally singled out for different treatment. The question in this appeal is to consider why Parliament chose to single them out in this way.

86

We may begin by considering the historical and social context of the statute's enactment. The provisions in ss. 6, 8 and 9 of the *PSSRA* and in similar statutes which specifically protect basic associational activities are the product of more than a century of economic and political struggle, and their enactment represented a watershed in Canadian labour relations law. Until the introduction of *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54, although Parliament had experimented with labour relations legislation, it had never provided full protection to the right of employees to freedom of association, and the right to be protected against unfair labour practices by management. The 1948 Act signalled a new era in labour relations law in which the statutory emphasis was upon achieving socio-economic fairness. Associational activities, always important to labour, were asserted as being equally fundamental to the Canadian fabric.

87

In this context, leaving aside altogether the collective bargaining rights and the grievance procedure set out in the *PSSRA*, the fact that RCMP members are excluded from the application of even these limited associational protections is significant. The *PSSRA* is modelled upon *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act*. It was enacted at a time when legislative awareness of the fundamental importance of the freedom of employees to associate was high, as evidenced by domestic and international legislation at the time. It is unquestionable that Parliament was aware of the importance of freedom of association for all

de leur liberté de s'associer de façon informelle à leur avantage commun. Selon l'employeur ou l'emploi en cause, la loi fédérale applicable est le *Code canadien du travail*, la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* ou la *Loi sur les relations de travail au Parlement*, L.R.C. (1985), ch. 33 (2<sup>e</sup> suppl.). Les membres de la GRC se voient littéralement réserver un traitement différent. Il s'agit en l'espèce de savoir pourquoi le législateur a choisi de les différencier ainsi.

Nous pouvons commencer par examiner le contexte historique et social dans lequel la *LRTFP* a été adoptée. Les dispositions contenues aux art. 6, 8 et 9 de la *LRTFP* et dans les lois similaires qui protègent expressément les activités associatives fondamentales sont le fruit de plus d'un siècle de lutte économique et politique, et leur adoption a marqué un tournant décisif en droit canadien des relations du travail. Avant la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, ch. 54, même si le législateur avait adopté certaines dispositions en matière de relations du travail, il n'avait jamais entièrement protégé la liberté d'association des employés ni le droit à la protection contre les pratiques déloyales de travail de la part de la direction. La loi de 1948 annonçait une ère nouvelle en droit des relations du travail, au cours de laquelle la loi mettrait l'accent sur l'équité socio-économique. On affirmait que les activités associatives, qui ont toujours été importantes pour les travailleurs, étaient tout aussi essentielles au tissu social canadien.

Dans ce contexte, indépendamment des droits à la négociation collective et de la procédure de grief énoncés dans la *LRTFP*, le fait que les membres de la GRC soient soustraits même à l'application de ces protections limitées en matière d'association est révélateur. La *LRTFP* s'inspire de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*. Elle a été adoptée au moment où le législateur était très conscient de l'importance fondamentale de la liberté d'association des employés, comme le démontrent les mesures législatives nationales et internationales adoptées à cette époque. Il ne fait aucun doute que le législa-

employees, and of the possibility of protecting this freedom without providing all employees with collective bargaining rights. The symbolism inherent in declining to guarantee to RCMP members even the basic freedom to associate must have been recognized.

Nonetheless, one can imagine a variety of reasons why Parliament might have chosen to exclude members of the RCMP from the *PSSRA* at the time of its enactment. It cannot be presumed that Parliament had an invalid purpose in excluding members of the RCMP from the legislation simply because the legislation was ameliorative. Possible reasons for the exclusion are, for example:

1. Parliament did not turn its mind to the specific issue of RCMP labour relations prior to enacting the legislation, and so excluded them until such time as it turned its mind to the issue;
2. Parliament anticipated passing a separate labour relations statute for members of the RCMP;
3. Parliament was studying the appropriateness of including RCMP members within a statutory labour relations regime at the time of the enactment of the statute, and so excluded the RCMP until it reached a final decision on point;
4. Parliament had concluded after careful study that the underlying socio-economic circumstances were such that, unlike most public service employees, members of the RCMP did not require freedom of association protections; or
5. Parliament understood the *PSSRA* as a collective bargaining statute, and excluded members of the RCMP because, although it was not opposed to RCMP employee associations, it did not wish to permit such associations to engage in collective bargaining.

None of these five possible purposes underlying the exclusion of RCMP members from the *PSSRA*, except perhaps No. 5, is anti-associational in

teur était conscient de l'importance de la liberté d'association pour tous les employés et de la possibilité de protéger cette liberté sans accorder à tous les employés des droits à la négociation collective. Le symbolisme inhérent au refus de garantir aux membres de la GRC même la liberté fondamentale de s'associer doit avoir été reconnu.

Néanmoins, il est possible d'imaginer toute une gamme de raisons qui peuvent avoir incité le législateur à exclure les membres de la GRC du régime de la *LRTFP* au moment de son adoption. On ne saurait présumer qu'il visait un objectif invalide en excluant les membres de la GRC du régime de la mesure législative, simplement parce que celle-ci constituait une amélioration. Les raisons possibles de l'exclusion sont, par exemple:

1. Le législateur n'a pas tenu compte de la question précise des relations du travail de la GRC avant d'adopter la mesure législative, et il en a ainsi exclu les membres jusqu'à qu'il la prenne en considération;
2. Le législateur prévoyait adopter une loi en matière de relations du travail distincte pour les membres de la GRC;
3. Le législateur étudiait l'opportunité d'assujettir les membres de la GRC à un régime législatif de relations du travail au moment d'adopter la loi en cause, et il les a ainsi exclus jusqu'à ce qu'il ait pris une décision finale sur ce point;
4. Le législateur avait conclu, après avoir étudié la question soigneusement, que les conditions socio-économiques sous-jacentes étaient telles que, à la différence de la plupart des fonctionnaires, les membres de la GRC n'avaient pas besoin des protections que comporte la liberté d'association; ou
5. Le législateur considérait que la *LRTFP* était une loi en matière de négociation collective, et il a exclu les membres de la GRC parce que, même s'il n'était pas contre les associations d'employés de la GRC, il ne voulait pas autoriser ces associations à négocier collectivement.

Aucun de ces cinq objectifs possibles de l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP*, sauf peut-être le cinquième, n'est d'empê-

nature, in a way that contravenes s. 2(d) of the *Charter*. None is driven by an intention to remedy the perceived “mischief” of the formation of RCMP member associations, in the sense of seeking to ensure that such associations did not arise. However, there is another possible purpose for the impugned para. (e), which would infringe s. 2(d) in this way:

6. Parliament may have intentionally chosen to exclude RCMP members from the *PSSRA* because it wished to maintain the inherent difficulty faced by RCMP members in attempting to associate together to confront management on more equal terms.

89

In our view, this latter possible reason for the enactment of para. (e) would infringe s. 2(d) of the *Charter*, because it is an anti-associational purpose. The key consideration, in examining Parliament’s purpose in excluding members of the RCMP from the *PSSRA*, is the reason for the decision to exclude. If Parliament’s purpose in excluding a particular employee group from a labour statute was to ensure that the employee group remained vulnerable to management interference with labour association, this is impermissible in light of s. 2(d). Even though the effect of the exclusion may be simply to maintain the *status quo* of employees whereby they are burdened with the inherent imbalance of power in the employment context, the central consideration is whether Parliament’s deliberate decision to exclude flowed from a purpose that is in conflict with the fundamental freedom of employees to associate. It is of some relevance that the *status quo* in the labour relations context is one of inherent employee vulnerability to management interference with labour associations. It is simply not open to Parliament to enact a statutory provision where the motivation for enacting the provision is anti-associational, subject of course to s. 1 of the *Charter*.

90

In the present appeal, therefore, the express exclusion of RCMP members from the *PSSRA*

cher la formation d’associations d’une manière contraire à l’al. 2d) de la *Charte*. Aucun ne s’explique par l’intention de remédier au «mal» apparent de la formation d’associations de membres de la GRC, dans le sens de chercher à les empêcher tout simplement. Cependant, l’al. e) contesté comporte un autre objet possible qui violerait ainsi l’al. 2d):

6. Le législateur peut avoir délibérément choisi d’exclure les membres de la GRC du régime de la *LRTFP* parce qu’il voulait maintenir la difficulté inhérente que devaient surmonter les membres de la GRC en tentant de s’associer pour affronter la direction sur un meilleur pied d’égalité.

À notre avis, cette dernière raison possible de l’adoption de l’al. e) violerait l’al. 2d) de la *Charte* parce qu’elle représente l’objectif d’empêcher la formation d’associations. Le principal élément à considérer, en examinant l’objet visé par le législateur en excluant les membres de la GRC du régime de la *LRTFP*, est la raison de la décision d’exclure. Si l’objet visé par le législateur en excluant un groupe d’employés particulier du régime d’une loi en matière de travail était d’assurer que les employés de ce groupe resteraient vulnérables à l’ingérence de la direction dans leurs associations, il est inacceptable compte tenu de l’al. 2d). Même si l’exclusion peut simplement avoir pour effet de maintenir le statu quo d’employés, avec l’inégalité inhérente du rapport de force que cela comporte dans le contexte de leur emploi, la principale question à considérer est de savoir si la décision délibérée du législateur de procéder à l’exclusion visait un objet incompatible avec la liberté fondamentale des employés de s’associer. Il est pertinent jusqu’à un certain point que le statu quo dans le contexte des relations du travail comporte la vulnérabilité inhérente des employés à l’ingérence de la direction dans leurs associations. Il n’est simplement pas loisible au législateur d’adopter une disposition législative lorsque le motif de l’adopter est d’empêcher la formation d’associations, sous réserve naturellement de l’article premier de la *Charte*.

Dans le présent pourvoi, l’exclusion explicite des membres de la GRC du régime de la *LRTFP*

raises the possibility that the exclusion has an invalid purpose. In light of the presumption of constitutionality, this possible interpretation of legislative purpose is to be eschewed unless there is evidence showing on a balance of probabilities that it is the probable purpose. Indeed, it will often be the case that one possible understanding of the purpose of a legislative provision will conflict with the *Charter*. Usually, though, it will not be possible to show that this invalid purpose is the actual purpose of the provision.

It is at this point that the peculiar factual circumstances of this case come into play. In the case of the impugned para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA*, there is an extensive historical record of the federal government having discouraged or interfered with RCMP labour associations throughout the entirety of the twentieth century. There is also evidence that this anti-associational policy, founded upon the concern that labour associations would foster a conflict of interest among RCMP members, infused the decision to exclude them from the *PSSRA*. It is particularly significant that no evidence has been presented which suggests that one of the other possible purposes listed above was Parliament's actual purpose. Indeed, as we will now discuss in our review of the evidence, the respondent has, in its submissions and in its expert evidence adduced at trial, conceded that Parliament's purpose was anti-associational.

(b) *Evidence of Parliamentary Purpose in Enacting Paragraph (e)*

(i) Executive Orders Prohibiting Unionization

It was long the policy of the federal government to prohibit outright the unionization of RCMP members. During much of the twentieth century, while most federally regulated employees came to be subject to the protections and requirements of statutory labour relations regimes, members of the RCMP saw their efforts at creating employee associations openly punished. Between 1918 and

soulève donc la possibilité que l'objet de l'exclusion soit invalide. Compte tenu de la présomption de constitutionnalité, cette interprétation possible de l'objectif législatif doit être évitée à moins qu'il n'existe une preuve établissant, selon la prépondérance des probabilités, que tel est l'objet probable. En réalité, il arrive souvent qu'une interprétation possible de l'objet d'une disposition législative soit incompatible avec la *Charte*. Cependant, il n'est pas possible habituellement de démontrer que cet objet invalide est l'objet réel de la disposition en cause.

C'est ici que les faits particuliers de la présente affaire entrent en jeu. Dans le cas de l'al. e) contesté de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP*, il existe une longue liste d'antécédents où le gouvernement fédéral a découragé ou entravé les associations d'employés de la GRC tout au long du XX<sup>e</sup> siècle. Il existe également une preuve que cette politique consistant à empêcher la formation d'associations, qui repose sur la crainte que les associations d'employés ne favorisent l'existence d'un conflit d'intérêts chez les membres de la GRC, est à l'origine de la décision de les exclure du régime de la *LRTFP*. Il est particulièrement révélateur que l'on n'ait soumis aucune preuve indiquant que l'un des autres objets possibles énumérés plus haut était celui réellement visé par le législateur. En fait, comme nous allons maintenant le voir en examinant la preuve soumise, l'intimé a, dans son argumentation et la preuve d'expert présentées au procès, admis que l'objet visé par le législateur était d'empêcher la formation d'associations.

b) *La preuve de l'objet visé par le législateur en adoptant l'al. e)*

(i) Les décrets interdisant la syndicalisation

Le gouvernement fédéral a longtemps eu comme politique d'interdire complètement la syndicalisation des membres de la GRC. Pendant une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle, alors que la plupart des employés fédéraux devenaient assujettis aux protections et aux exigences de régimes législatifs de relations du travail, les membres de la GRC ont vu leurs tentatives de créer des associations d'em-

1974, members of the Royal Northwest Mounted Police and subsequently of the RCMP were expressly prohibited by Order-in-Council P.C. 1918-2213 from any union-related activity, on pain of instant dismissal. The Order-in-Council stated:

No member of the Royal Northwest Mounted Police or of the Dominion Police, whether officer, non-commissioned officer or man, shall become a member of or in any wise associated with any Trades Union Organization or any Society or Association connected or affiliated therewith; or with any union, Society or Association of employers or any Society or Association connected or affiliated therewith; or with any Union, Society or Association having for its object the rights or interest of employees or of labour, or of employers or of capital in competition with each other; and any contravention of this regulation shall be cause for instant dismissal.

93

The policy underlying this Order-in-Council of 1918 was founded upon the fear that the organization of RCMP members into an employee association would result in members experiencing a “divided loyalty” or conflict of interest between their allegiance to their fellow workers and their required obedience to superior orders. The concern was to ensure that members of the RCMP remained loyal to only one superior, namely their commanding officers. It was feared that, if RCMP members began to organize into employee associations in order to promote their interests as employees, members would experience a divided allegiance. RCMP members might be unable or unwilling to obey commands if they felt that obedience would be inconsistent with allegiance to the cause of their fellow employees. This concern was particularly pronounced in relation to the role of the RCMP in quelling labour unrest. The federal government felt that RCMP members might refuse to obey the command to subdue labour uprisings, or to fill in for a striking local police force, if their allegiance to their fellow employees came into conflict with such a command. Hence the government sought to attack the perceived problem at its source, by prohibiting even informal employment-related associations. This policy was well

ployés ouvertement punies. Entre 1918 et 1974, il était expressément interdit aux membres de la Royale gendarmerie à cheval du Nord-Ouest, devenue par la suite la GRC, d’exercer quelque activité syndicale que ce soit, sous peine de congédiement immédiat, en vertu du décret C.P. 1918-2213, qui prévoyait:

[TRADUCTION] Nul membre de la Royale gendarmerie à cheval du Nord-Ouest ou de la Police fédérale, qu’il soit officier, sous-officier ou simple policier, ne peut adhérer ou s’associer de quelque façon à une organisation syndicale, à une société ou à une association qui y est liée ou affiliée, ni à un syndicat, à une société ou à une association d’employeurs, ou à une société ou à une association qui y est liée ou affiliée, ni à un syndicat, à une société ou à une association ayant pour objet de défendre les droits ou les intérêts des employés ou des travailleurs, ou ceux des employeurs ou du patronat, en concurrence les uns envers les autres; et toute infraction au présent règlement sera une cause de congédiement immédiat.

La politique sous-tendant ce décret de 1918 émanait de la crainte que la formation, par les membres de la GRC, d’une association d’employés ne place les membres en situation de «conflit de loyautés» ou de conflit d’intérêts en ce qui concerne leur allégeance à leurs collègues de travail et l’obéissance aux ordres de leurs supérieurs, à laquelle ils sont tenus. On voulait s’assurer que les membres de la GRC ne demeurent loyaux qu’envers un seul supérieur, à savoir leur commandant. On craignait que, si les membres de la GRC commençaient à former des associations d’employés pour défendre leurs intérêts en tant qu’employés, ils ne se placent en conflit d’allégeances. Il se pourrait que les membres de la GRC ne puissent pas ou ne veuillent pas obéir aux ordres s’ils ont l’impression que cela est incompatible avec leur allégeance à la cause de leurs collègues de travail. Cette crainte était particulièrement accentuée relativement au rôle joué par la GRC en matière de répression des conflits ouvriers. Le gouvernement fédéral croyait que les membres de la GRC pourraient refuser d’obéir à l’ordre de refréner un soulèvement ouvrier, ou d’aller remplacer un corps policier local en grève si leur allégeance à leurs collègues était incompatible avec un tel ordre. Le gouvernement a donc choisi de s’attaquer à la

expressed in the preamble to the Order-in-Council in the following terms:

WHEREAS attention has been called to the public importance of excluding the members of the regular police forces of the country from membership or association with Trade Union Organizations or affiliated Societies or unions or societies of employers or employees constituted for the purpose or with the object of regulating relations of employers and employees or as between capital and labour;

AND WHEREAS unfortunately occasions arise when it is necessary to invoke the aid of the police for the maintenance of order in connection with strikes, lock-outs or labour disturbances;

AND WHEREAS it is considered that the public might in a measure be deprived of the service which it is entitled to expect from the police or that the quality of that service might be prejudicially affected, if the police were in any manner permitted to identify themselves with one side or the other of a controversy resulting in breach of the peace; [Emphasis added.]

The same policy was apparent almost 30 years later in the enactment by the federal government in 1945 of Order-in-Council P.C. 174/1981, which approved the coming into force of new *Rules and Regulations for the Government and Guidance of the Royal Canadian Mounted Police Force of Canada*, (1945) 79 *Canada Gazette* 1577 (“*Rules and Regulations*”). Section 31(a) of the *Rules and Regulations* also prohibited RCMP employee associations, in the following terms:

31. Towards the attainment of complete police efficiency it is essential that members of the Force cultivate and maintain the respect and esteem of the general public. This may be accomplished by pursuing a steady and impartial line of conduct in the discharge of duty and by a respectful bearing to all classes; also, by prompt obedience to all lawful commands, and by clean, sober and orderly habits.

(a) Membership in any organization or union, which by its nature may influence or constrain the individual concerned against the impartial exercise of his duty, is prohibited to members of the Force. [Emphasis added.]

source du problème perçu en interdisant même les associations informelles liées à l’emploi. Cette politique était bien énoncée dans le préambule du décret:

[TRADUCTION] ATTENDU QU’a été relevée l’importance pour le public d’interdire aux membres des corps policiers réguliers du pays d’appartenir ou de se rallier à des organisations syndicales ou à des sociétés affiliées, ou encore à des syndicats ou à des associations d’employeurs ou d’employés formés en vue de régir les relations entre employeur et employés ou les relations entre le patronat et les travailleurs;

ET ATTENDU QUE, malheureusement, il est parfois nécessaire de faire appel à la police pour maintenir l’ordre à l’occasion de grèves, de lock-out ou de conflits ouvriers;

ET ATTENDU QUE l’on considère que le public est susceptible d’être privé, dans une certaine mesure, du service auquel il a le droit de s’attendre de la part de la police ou que la qualité de ce service est susceptible de souffrir si on permet de quelque manière aux policiers de s’identifier à l’une ou l’autre des parties à une controverse à l’origine d’une perturbation de l’ordre public; [Nous soulignons.]

Presque 30 ans plus tard, en 1945, la même politique ressortait de l’adoption par le gouvernement fédéral du décret C.P. 174/1981, qui a approuvé l’entrée en vigueur de nouvelles *Rules and Regulations for the Government and Guidance of the Royal Canadian Mounted Police Force of Canada*, (1945) 79 *Gazette du Canada* 1577 («*Rules and Regulations*»). L’alinéa 31a) des *Rules and Regulations* interdisait également les associations d’employés de la GRC, de la façon suivante:

[TRADUCTION] 31. En vue d’atteindre l’efficacité policière totale, il est essentiel que les membres de la Gendarmerie cultivent et maintiennent le respect et l’estime du public en général. Ils peuvent le faire en adoptant une ligne de conduite constante et impartiale dans l’exercice de leurs fonctions et une attitude respectueuse envers toutes les classes, de même qu’en obéissant promptement à tous les ordres licites, et en adoptant un comportement irréprochable, sobre et ordonné.

a) L’appartenance à quelque organisation ou syndicat, qui, de par sa nature, est susceptible d’empêcher la personne en cause d’exercer ses fonctions de manière impartiale, est interdite aux membres de la Gendarmerie. [Nous soulignons.]

95

These complete prohibitions on RCMP employee associations remained in effect throughout the course of much of this century. At the time of the enactment of the *PSSRA* in 1967, both prohibitions were in force. The *PSSRA* did not directly adopt these regulatory prohibitions in statutory form, in the sense that the Act did not expressly prohibit RCMP unionization. The *PSSRA* simply excluded members of the RCMP from its application. However, the exclusion of RCMP members neatly accommodated these existing prohibitions, suggesting a continuity in government policy from the time of enactment of the Order-in-Council of 1918 through the enactment of the 1945 *Rules and Regulations* to the time of the enactment of the *PSSRA*. The federal government's consistent position that members of the RCMP should not form or participate in employee associations provides important insight into Parliament's goal in enacting the impugned para. (e). As we will now discuss, it is a government position that was present at the enactment of the *PSSRA* and that continues to the present day.

96

Indeed, although it is clearly not determinative of the issue of legislative purpose, it is worth noting that a few years after the enactment of the *PSSRA*, in 1974, the Order-in-Council of 1918 was revoked as being redundant: P.C. 1974-1339. At the time of the revocation, Assistant Deputy Minister Robin Bourne of the Department of the Solicitor General wrote a letter to RCMP Commissioner Nadon, advising the Commissioner as to how to respond to press queries on point. The Commissioner was advised to inform the press that:

In taking this action, the Government has responded to the wishes of the majority of members of the RCMP who recognized that this Order-in-Council was now redundant, particularly in view of the provisions of the Public Service Relations Act [*sic*] which was passed by Parliament in 1967. This Act deliberately excludes members of the RCMP in the definition of "employee" under the Act.

Ces interdictions totales visant les associations d'employés de la GRC sont demeurées en vigueur pendant une bonne partie du présent siècle. Lorsque la *LRTFP* a été adoptée en 1967, les deux interdictions étaient en vigueur. La *LRTFP* n'a pas directement repris ces interdictions réglementaires, en ce sens qu'elle n'a pas interdit expressément la syndicalisation de la GRC. Elle a simplement soustrait les membres de la GRC à son application. Toutefois, l'exclusion des membres de la GRC était une adaptation habile de ces interdictions existantes, indiquant une continuité de la politique gouvernementale depuis l'adoption du décret de 1918 jusqu'à l'adoption de la *LRTFP*, en passant par l'adoption des *Rules and Regulations* de 1945. Le point de vue constant du gouvernement fédéral, selon lequel les membres de la GRC ne devraient ni former des associations d'employés ni participer à leurs activités, donne une bonne idée de l'objet visé par le législateur en adoptant l'al. e) contesté. Comme nous allons maintenant le voir, il s'agit d'un point de vue gouvernemental qui avait cours lors de l'adoption de la *LRTFP* et qui continue d'avoir cours aujourd'hui.

En fait, bien que ce ne soit pas manifestement concluant quant à la question de l'objectif législatif, il vaut la peine de souligner qu'en 1974, quelques années après l'adoption de la *LRTFP*, le décret de 1918 a été abrogé pour le motif qu'il était superflu: C.P. 1974-1339. Au moment de l'abrogation, le sous-ministre adjoint Robin Bourne, du ministère du Solliciteur général, a écrit au commissaire Nadon de la GRC pour lui donner des consignes sur la manière de répondre aux questions de la presse sur ce point. Le Commissaire a été avisé d'informer la presse que:

[TRADUCTION] En prenant cette mesure, le gouvernement s'est rendu au souhait de la majorité des membres de la GRC, qui reconnaissaient que ce décret était désormais superflu, compte tenu particulièrement des dispositions de la Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, adoptée par le Parlement en 1967. Cette loi exclut expressément les membres de la GRC de la définition d'«employé» qui y est contenue.

(ii) The Report of the Preparatory Committee

Shortly before the enactment of the *PSSRA*, the federal government struck a Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service, with the mandate of formulating recommendations for a proposed comprehensive statutory labour relations regime applicable to employees of the federal public service. The Preparatory Committee issued its report in 1965, in which it recommended that the new statutory labour relations regime that it was proposing should not apply to members of the RCMP. The basis for the Committee's recommendation that the RCMP be excluded was the Committee's concern that membership in and allegiance to an employee association was incompatible with the RCMP's quasi-military employment hierarchy. The report states, at p. 27:

In the opinion of the Preparatory Committee, it would be inappropriate to apply the provisions of the proposed legislation to some groups of public servants and impractical to apply them to others. Two large groups — the Armed Forces and members of the Royal Canadian Mounted Police — are recommended for exclusion because of the nature of their duties and the fact that their conduct is subject to military or similar codes of law and discipline. [Emphasis added.]

For the Preparatory Committee, then, just as for those who enacted the Order-in-Council of 1918 and s. 31(a) of the *Rules and Regulations* in 1945, there was a perception that members of the RCMP could not simultaneously adhere to the directives of a union and obey superior orders. The purpose of excluding RCMP members from the *PSSRA* was thus to prevent the formation of member associations which might cause individual RCMP members to question their loyalty to the Force.

It must be stressed that the Preparatory Committee's concerns, and the concerns underlying the two subsisting regulatory prohibitions at the time, were specifically with the anticipated dangers of association *per se*. It is clear from these sources that it was felt that a divided loyalty would result from the process of RCMP members associating

(ii) Le rapport du Comité préparatoire

Peu avant l'adoption de la *LRTFP*, le gouvernement fédéral a mis sur pied le Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique et lui a confié le mandat de formuler des recommandations sur son projet de régime législatif complet de relations du travail qui s'appliquerait aux employés de la fonction publique fédérale. Le Comité préparatoire a déposé son rapport en 1965, dans lequel il recommandait que le nouveau régime législatif proposé en matière de relations du travail ne s'applique pas aux membres de la GRC. La raison pour laquelle le Comité recommandait l'exclusion de la GRC était qu'il craignait que l'appartenance et l'allégeance à une association d'employés ne soient incompatibles avec la structure hiérarchique quasi militaire de la GRC. Le rapport précise, aux pp. 28 et 29:

De l'avis du Comité préparatoire, il ne serait pas opportun d'appliquer les dispositions de la mesure législative projetée à certains groupes de fonctionnaires et il serait impossible de l'appliquer à certains autres. Nous recommandons l'exclusion de deux groupes importants, les membres des forces armées et ceux de la Gendarmerie royale du Canada, à cause de la nature de leurs fonctions et parce que leur conduite est assujettie à un code de droit et de discipline à caractère militaire ou paramilitaire. [Nous soulignons.]

Pour le Comité préparatoire, comme pour ceux qui ont adopté le décret de 1918 et l'al. 31a) des *Rules and Regulations* en 1945, les membres de la GRC étaient donc perçus comme étant incapables de respecter les directives d'un syndicat et, en même temps, d'obéir aux ordres d'un supérieur. L'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* avait donc pour objet d'empêcher la formation d'associations de membres susceptibles d'amener les membres de la GRC à mettre en doute leur loyauté envers la Gendarmerie.

Il faut souligner que les craintes du Comité préparatoire et celles qui sous-tendaient les deux interdictions réglementaires encore en vigueur à l'époque concernaient précisément les dangers prévus de l'association elle-même. Il ressort nettement de ces sources qu'on croyait qu'un conflit de loyautés résulterait du regroupement en association

together and, it was anticipated, developing an antagonism to management. The fear was that the very process of forming a member association, and the mutual reinforcement of views and mutual exchange of information which would flow from membership and involvement, would build a loyalty among employees and the potential for a corresponding conflict of allegiance in the face of superior orders. The fear was not simply that a divided loyalty would result from a grant of full collective bargaining rights to a certified union of RCMP members (although this fear existed as well). Rather, it was anticipated that any association of RCMP members formed with the purpose of bettering working conditions, whether the association be formal or informal, would contribute to a divided loyalty and to labour unrest. To those who adhered to the belief that a divided loyalty was harmful and likely, the danger was that RCMP members would begin to fight for collective bargaining rights, not that, once the rights were gained, labour unrest would then occur.

(iii) The Respondent's Submissions and Expert Reports

99

In its submissions before this Court, the respondent repeatedly endorsed this same view, i.e., that the impugned provision of the *PSSRA* was enacted with the purpose of curtailing the formation of RCMP member associations in order to prevent the problem of divided loyalty. The respondent has thus effectively conceded that the provision possesses a constitutionally invalid purpose. For example, the respondent states expressly in its factum at para. 162 that it opposes the appellant's s. 2(d) claim on the basis that [TRANSLATION] "membership in a union and the obligation to obey its directives could create a conflict of loyalty between the obligations and duties of RCMP members towards the Canadian population and their obligations towards their union" (emphasis added).

100

The respondent also filed two expert reports before Michaud J., both of which endorse a policy

des membres de la GRC et de l'hostilité, prévoyait-on, qu'ils en viendraient à éprouver envers la direction. On craignait que le processus même de la formation d'une association de membres, ainsi que le renforcement commun des points de vue et l'échange de renseignements qui découleraient de l'appartenance à l'association et de la participation à ses activités, engendreraient une loyauté entre employés et un risque de conflit d'allégeances correspondant face aux ordres des supérieurs. On ne craignait pas simplement qu'un conflit de loyautés ne résulte de l'attribution de droits complets à la négociation collective à un syndicat accrédité de membres de la GRC (même si cette crainte existait également). On s'attendait plutôt que toute association formelle ou informelle de membres de la GRC, ayant pour but d'améliorer leurs conditions de travail, contribuerait à engendrer un conflit de loyautés et des différends de travail. Pour ceux qui croyaient qu'un conflit de loyautés était préjudiciable et probable, le danger était que les membres de la GRC commencent à lutter pour obtenir des droits à la négociation collective, et non pas que des conflits de travail se produisent une fois ces droits obtenus.

(iii) L'argumentation et les rapports d'expert de l'intimé

Dans son argumentation devant notre Cour, l'intimé a adopté à maintes reprises le même point de vue selon lequel la disposition contestée de la *LRTFP* a été adoptée dans le but de restreindre la formation d'associations de membres de la GRC afin d'éviter le problème du conflit de loyautés. L'intimé a donc effectivement admis que l'objet de cette disposition est inconstitutionnel. Par exemple, l'intimé dit expressément, au par. 162 de son mémoire, qu'il s'oppose à la demande de l'appelant fondée sur l'al. 2d) pour le motif que «l'appartenance à une organisation syndicale et l'obligation de respecter ses directives pourraient créer un conflit de loyauté entre les obligations et les devoirs des membres de la GRC envers la population canadienne et leurs obligations envers leur organisation syndicale» (nous soulignons).

L'intimé a également déposé devant le juge Michaud deux rapports d'expert qui appuient la

of prohibiting or impeding unionization. Worthy of particular attention in this regard is the report of Dr. William Beahen, which is entitled “An Historical Perspective on the R.C.M.P. and Protection of the National Interest: Responsibility Precluding Unionization” (October 1987). The Conclusion to Dr. Beahen’s report accurately summarizes the thrust of its contents:

In 1918, the federal government forbade members of the Mounted Police to join unions on the grounds that their neutrality should never be in question when used in times when disorder occurred. This decision has been proven correct and in the national interest many times since. . . . It continues to be in the interest of Canada to have its national police force free from the constraints of unionization. [Emphasis added.]

The importance of ensuring a strong and effective national police force for Canada is not in doubt. However, concerns about ensuring the integrity of a police force are concerns which are appropriately dealt with under s. 1 of the *Charter*. Such concerns do not negate an invalid legislative purpose. Where, as here, the very purpose of the legislation is to “free” members of the RCMP from merely joining a union of fellow employees, there is unquestionably an infringement of s. 2(d).

(iv) The Absence of Contradictory Effects

Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, emphasized that the effects of impugned legislation need not be looked to if the purpose of the legislation is invalid, and further that even if the effects are looked to and found to be “inoffensive” this fact will not affect a finding that the purpose of the legislation is invalid. Nonetheless, courts may, where appropriate, look to the effects of legislation for assistance in inferring the legislation’s purpose, as Dickson J. noted, at p. 331. In particular, where the effects of the impugned legislation are contrary to the invalid purpose alleged by the *Charter* claimant, a court should weigh the evidence carefully before concluding that the purpose is indeed in-

politique consistant à interdire ou à empêcher la syndicalisation. À cet égard, il vaut la peine de prêter une attention particulière au rapport du Dr William Beahen, intitulé «An Historical Perspective on the R.C.M.P. and Protection of the National Interest: Responsibility Precluding Unionization» (octobre 1987). La conclusion du rapport du Dr Beahen résume exactement l’essentiel de son contenu:

[TRADUCTION] En 1918, le gouvernement fédéral a interdit aux membres de la Gendarmerie royale d’adhérer à un syndicat pour le motif que leur neutralité ne devrait jamais être mise en doute lorsqu’ils interviennent dans des situations de crise. Cette décision s’est depuis lors révélée juste et conforme à l’intérêt national à maintes reprises. [ . . . ] Il reste dans l’intérêt du Canada que son corps policier national soit libre des contraintes de la syndicalisation. [Nous soulignons.]

Il n’y a pas de doute qu’il est important pour le Canada d’assurer le maintien d’un corps policier national fort et efficace. Toutefois, les préoccupations de maintenir l’intégrité d’un corps policier sont des questions qu’il convient d’examiner sous l’angle de l’article premier de la *Charte*. De telles préoccupations n’annulent pas un objet législatif invalide. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, l’objet même de la mesure législative est d’«exempter» les membres de la GRC de la simple adhésion à un syndicat composé de collègues de travail, l’existence d’une violation de l’al. 2d) ne fait aucun doute.

(iv) L’absence d’effets opposés

Dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson a souligné qu’il n’est pas nécessaire de se référer aux effets d’une mesure législative contestée dont l’objet est invalide, et en outre que, même si les effets sont examinés et jugés «inoffensifs», cela ne change rien à la conclusion que l’objet de la mesure législative est invalide. Néanmoins, la cour peut, lorsque cela est indiqué, se référer aux effets d’une mesure législative pour en déduire l’objet, comme le souligne le juge Dickson, à la p. 331. En particulier, lorsque les effets de la mesure législative contestée sont contraires à l’objet invalide allégué par l’auteur d’une demande fondée sur la *Charte*, la cour devrait évaluer soi-

lid. In light of the presumption of constitutionality, it is fitting for a court to look for the existence of any such beneficial effects before ruling that the purpose of a law is contrary to the *Charter*.

gneusement la preuve avant de conclure que cet objet est vraiment invalide. Compte tenu de la présomption de constitutionnalité, il convient que la cour examine si de tels effets bénéfiques existent avant de décider que l'objet d'une loi est contraire à la *Charte*.

103

In the present case, we have not been referred to the existence of any positive effects that the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* may have had upon the associational freedom of members. Rather, RCMP members continue to be subject to practices that would likely be enjoined as unfair labour practices under the *PSSRA*. Perhaps the most relevant example of a practice within the RCMP which interferes with the associational activities of RCMP members is one which arises in the context of the Division Staff Relations Representative Program ("DSRR Program"). Established in 1974, the DSRR Program is an employee advisory board created and ultimately controlled by RCMP management, with the purpose of representing the interests of RCMP members to management. Its structure and functioning are governed by the *Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)*. Of particular importance for present purposes, s. 3(2) of the *Commissioner's Standing Orders* prohibits union-related activities by participants in the DSRR Program, on pain of removal from the Program, in the following terms:

3. (2) Division Staff Relations Representatives and Sub-Representatives shall not engage in activities that

- (a) are prejudicial to the goals and objectives of the Division Staff Relations Representative Program,
- (b) promote alternate programs in conflict with the non-union status of the Division Staff Relations Representative Program, or
- (c) may undermine the credibility or effectiveness of the Division Staff Relations Representative Program.

104

It bears noting that disciplinary proceedings have in fact been launched on several occasions

En l'espèce, on ne nous a pas mentionné l'existence d'effets positifs quelconques que l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* peut avoir eus sur leur liberté d'association. Les membres de la GRC continuent plutôt d'être assujettis à des pratiques qui seraient probablement interdites, à titre de pratiques déloyales de travail, par la *LRTFP*. L'exemple peut-être le plus utile d'une pratique de la GRC qui fait obstacle aux activités associatives de ses membres est celui du Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles («programme RDRF»). Établi en 1974, le programme RDRF comporte un comité consultatif d'employés créé et contrôlé, en fin de compte, par la direction de la GRC, qui a pour objet de défendre les intérêts des membres de la GRC auprès de la direction. Sa structure et son fonctionnement sont régis par les *Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)*. Il est particulièrement important, aux fins du présent pourvoi, de souligner que le par. 3(2) des *Consignes du Commissaire* interdit toute activité syndicale aux participants au programme RDRF, sous peine d'expulsion du Programme:

3. (2) Les représentants divisionnaires des relations fonctionnelles et les sous-représentants ne peuvent pas se livrer à des activités qui:

- a) nuisent aux buts et aux objectifs du Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles,
- b) contribuent à d'autres programmes qui sont en opposition avec le caractère non syndicaliste du Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles, ou
- c) pourraient miner la crédibilité ou l'efficacité du Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles.

Il vaut la peine de souligner que des procédures disciplinaires ont, en fait, été engagées à maintes

against DSRR Program representatives, including the appellant, who have involved themselves in the formation and operation of RCMP member associations. For example, during the late 1980s, RCMP management attempted to expel the appellant from the DSRR Program because of his activities with the "C" Division members. The expulsion was prevented by an injunction issued by Reed J. of the Federal Court (Trial Division): *Delisle v. Royal Canadian Mounted Police Commissioner* (1990), 39 F.T.R. 217. In 1994, the appellant and two other DSRR Program participants were again subject to disciplinary proceedings. The offending conduct was that the three men had attended at the inaugural meeting of the "E" Division Members Association in British Columbia and had been, in the words of the notice of complaint subsequently received by the appellant, "part of a 'panel discussion' where collective bargaining was identified as a long term goal of the Association".

There are other aspects of labour-management relations within the RCMP which involve management interference in RCMP member associations in a manner which would likely contravene s. 8 or s. 9 of the *PSSRA*. Section 39(1) of the RCMP Code of Conduct, SOR/88-361, Part III, prohibits the perpetration of "disgraceful or disorderly act[s] or conduct". This provision is, not necessarily objectionable in itself, of course, but s. 39(2) defines the prohibition as applying to acts or conduct that are "prejudicial to the impartial performance of the member's duties". The latter provision is reminiscent of the wording of s. 31(a) of the *Rules and Regulations* of 1945, discussed above, which prohibited unionization on the basis that it would interfere with the impartial performance of members' duties. Were the provision to be similarly interpreted and applied today, it would clearly qualify as what would normally be an unfair labour practice. Similarly, s. 41 of the Code of Conduct has the potential to interfere with the ability of members to participate meaningfully in an employee association, by providing that a "member shall not publicly criticize, ridicule, petition or complain about the administration, operation,

reprises contre des représentants du programme RDRF, dont l'appellant, qui ont participé à la formation et au fonctionnement d'associations de membres de la GRC. Par exemple, vers la fin des années 80, la direction de la GRC a tenté d'expulser l'appellant du programme RDRF en raison de ses activités avec les membres de la Division «C». L'expulsion a été empêchée au moyen d'une injonction délivrée par le juge Reed de la Cour fédérale (Section de première instance): *Delisle c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada* (1990), 39 F.T.R. 217. En 1994, l'appellant et deux autres participants au programme RDRF ont de nouveau fait l'objet de procédures disciplinaires. On reprochait aux trois hommes d'avoir assisté à l'assemblée inaugurale de l'Association des membres de la Division «E» en Colombie-Britannique et, pour reprendre les termes utilisés dans l'avis de plainte reçu ultérieurement par l'appellant, d'avoir [TRADUCTION] «participé à une "réunion-débat" où la négociation collective était décrite comme un objectif à long terme de l'Association».

Les relations employeur-employés à la GRC comportent, à d'autres égards, une ingérence de la direction dans les associations de membres de la GRC d'une manière susceptible de contrevenir à l'art. 8 ou à l'art. 9 de la *LRTFP*. Le paragraphe 39(1) du Code de déontologie de la GRC, DORS/88-361, partie III, interdit d'«agir [ou de] se comporter d'une façon scandaleuse ou désordonnée». Il va sans dire que cette disposition n'est pas nécessairement contestable en soi, mais le par. 39(2) précise que l'interdiction s'applique aux actes ou au comportement du membre qui «l'empêchent de remplir ses fonctions avec impartialité». Cette dernière disposition rappelle le texte de l'al. 31a) des *Rules and Regulations* de 1945, analysé plus haut, qui interdisait la syndicalisation pour le motif qu'elle nuirait à l'exercice impartial des fonctions des membres. Si la disposition était interprétée et appliquée de la même façon aujourd'hui, elle serait nettement assimilable à ce qui constituerait normalement une pratique déloyale de travail. De même, l'art. 41 du Code de déontologie risque d'empêcher les membres de participer de façon significative aux activités d'une association d'employés, du fait qu'il prévoit que le «membre

objectives or policies of the Force, unless authorized by law”.

ne peut publiquement critiquer, railler ou contester l’administration, le fonctionnement, les objectifs ou les politiques de la Gendarmerie, ni s’en plaindre publiquement, à moins qu’il n’y soit autorisé par la loi».

106

It is also worthwhile to note the dearth of RCMP member associations across the country. Following the repeal of the 1918 Order-in-Council in 1974, a few fledgling associations of RCMP members came into being in the latter half of the 1970s, but were unable to establish a strong foothold. Only in 1985, with the establishment of the Association des membres de la Division “C” in Quebec, have organized local associations of members come into existence. Even so, similar informal associations have emerged but only very gradually, with a regional association coming into being in Ontario in 1990, in British Columbia in 1994, and in the Capital Region in 1995. In most provinces, there are no RCMP member associations. Certainly the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* has not helped their cause as employees.

Il importe également de souligner la pénurie d’associations de membres de la GRC au pays. À la suite de l’abrogation du décret de 1918 en 1974, quelques nouvelles associations de membres de la GRC ont été formées dans la dernière moitié des années 70, mais elles ont été incapables de s’implanter solidement. Ce n’est qu’en 1985, avec la mise sur pied de l’Association des membres de la Division «C» au Québec, que des associations locales de membres ont vu le jour. Même là, ce n’est que très progressivement que des associations informelles semblables se sont fait jour, une association régionale ayant été formée en Ontario en 1990, une autre en Colombie-Britannique en 1994 et une dernière dans la région de la capitale nationale en 1995. Il n’existe aucune association de membres de la GRC dans la plupart des provinces. L’exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* n’a certes pas aidé leur cause à titre d’employés.

(c) *Conclusion on the Purpose of Paragraph (e)*

c) *Conclusion sur l’objet de l’al. e)*

107

In sum, the original purpose of what is now para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* was to ensure that RCMP members remained unassociated in the face of management, with a view to protecting the integrity of the RCMP hierarchy against the perceived threat of a divided loyalty among members. The perception which informed the imposition of these restrictions was that members of the RCMP would disobey superior orders if they were both union members and members of a quasi-military institution, and would be unable to exercise their duties impartially and effectively in controlling the illegal acts of other workers, or indeed in the event of their own labour unrest. This immediate purpose of para. (e) exists apart altogether from issues of collective bargaining. In this case, there is strong evidence that Parliament’s purpose was to discourage RCMP associations. Further there is neither any evidence supporting an alternative hypothesis as to

Somme toute, l’objet initial de ce qui est maintenant l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *LRTFP* était d’empêcher toute association des membres de la GRC face à la direction, de manière à préserver l’intégrité de la hiérarchie de la GRC contre la menace apparente de conflit de loyautés chez ses membres. L’idée qui sous-tendait l’imposition de ces restrictions était que les membres de la GRC désobéiraient aux ordres de leurs supérieurs s’ils étaient à la fois membres d’un syndicat et d’une institution quasi militaire, et qu’ils seraient incapables d’exercer leurs fonctions de manière impartiale et efficace lorsque viendrait le temps de réprimer les actes illégaux d’autres travailleurs ou, à plus forte raison, en cas de conflit de travail les touchant. Cet objet immédiat de l’al. e) existe indépendamment des questions de négociation collective. En l’espèce, il existe une preuve solide que l’objectif du législateur était de décourager les associations au

why para. (e) was included in the PSSRA, nor any evidence that the legislation has beneficial effects for RCMP members. In those circumstances this Court must find that the purpose of the impugned provision infringes the appellant's freedom of association under s. 2(d). If a *Charter* claimant cannot make out a purpose-based infringement of the *Charter* on the basis of this type of evidentiary record, then the promising words of Dickson J. in *Big M Drug Mart* will become meaningless.

Before considering whether the impugned para. (e) may be justified under s. 1 of the *Charter*, some comment should be made regarding the question of positive constitutional entitlements. One of the respondent's arguments against the appellant's claim was that, in its view, the appellant is effectively asserting a constitutional entitlement to the enactment of remedial legislation for his benefit, i.e., a right to the associational protections contained in ss. 6, 8 and 9 of the PSSRA. The respondent submits that there can be no constitutional right to statutory entitlements, because the *Charter* does not create positive obligations for the state, but rather only protects claimants against harms caused by the state through legislation.

This Court has referred to the distinction between positive and negative constitutional entitlements in a number of cases: see, e.g., *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038, per L'Heureux-Dubé J., speaking for the majority of the Court; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 73; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 64, per Cory and Iacobucci JJ., speaking for the majority of the Court. These cases have emphasized the conceptual distinction between legislation which interferes with the exercise of a *Charter* right or freedom, and legislation which assists in the exercise of such a right or freedom. Legislation whose purpose or effect is to interfere with a *Charter* right or freedom will infringe the *Charter*. Legisla-

sein de la GRC. De plus, il n'y a aucune preuve étayant une autre hypothèse quant à la raison de l'inclusion de l'al. e) dans la LRTFP, ni aucune preuve que la mesure législative a des effets bénéfiques pour les membres de la GRC. Dans ces circonstances, notre Cour doit conclure que l'objet de la disposition contestée porte atteinte à la liberté d'association garantie à l'appellant par l'al. 2d). Si l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* est incapable de démontrer au moyen de ce genre de preuve l'existence d'une violation de la *Charte* due à l'objet visé, les propos prometteurs du juge Dickson dans *Big M Drug Mart* perdront alors leur sens.

Avant d'examiner si l'al. e) contesté peut être justifié au sens de l'article premier de la *Charte*, il y a lieu de formuler certaines observations concernant la question des droits constitutionnels positifs. L'intimé fait notamment valoir, à l'encontre de la demande de l'appellant, qu'à son avis celui-ci invoque, en fait, un droit constitutionnel à l'adoption d'une mesure législative réparatrice à son avantage, c.-à-d., un droit aux protections en matière d'association contenues aux art. 6, 8 et 9 de la LRTFP. L'intimé soutient qu'il ne saurait y avoir de droit constitutionnel à des droits conférés par la loi parce que la *Charte* ne crée pas d'obligations positives pour l'État, mais ne fait que protéger les demandeurs contre le préjudice que l'État peut causer en légiférant.

Notre Cour a mentionné la différence entre les droits constitutionnels positifs et les droits constitutionnels négatifs dans un certain nombre d'arrêts: voir, par exemple, *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038, le juge L'Heureux-Dubé, au nom de notre Cour à la majorité; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 64, les juges Cory et Iacobucci, au nom de notre Cour à la majorité. Ces arrêts ont fait ressortir la différence conceptuelle entre une mesure législative qui entrave l'exercice d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* et une mesure législative qui facilite l'exercice de ce droit ou de cette liberté. Une mesure législative qui a pour objet ou pour effet d'entraver l'exercice

tion whose purpose or effect is to assist in the exercise of a right or freedom will generally not infringe the *Charter* simply on the basis of its remedial role.

110

In the present case, the answer to the respondent's submission that the appellant is asserting a positive constitutional entitlement is that the appellant's claim is not premised upon the view that Parliament is obligated to protect him against management interference, or to promote the formation of member associations. The issue of positive obligations and entitlements simply does not arise in this appeal. The appellant does not say that he has a *Charter* right to be subject to the *PSSRA* or any of its discrete protections. Rather, he makes the narrow claim that the purpose of para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* as currently constituted is to ensure that RCMP members continue to be disadvantaged in their ability to associate together for a common purpose. It is this invalid purpose, and not an assertion of positive entitlements, that is the foundation for the appellant's claim.

### B. Section 1

111

The burden is on the respondent, as the party seeking to uphold a limitation on *Charter* freedoms, to prove that the limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. To satisfy this burden, two central criteria must be satisfied, as established by the decision of this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-39, and elaborated upon in other cases, including *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Eldridge, supra*; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; and *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. First, the objective sought to be served by the limitation must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. Second, the respondent must show that the means chosen in order to achieve this objective are proportionate, according to the three-part proportionality test initially set

d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* contrevient à cette dernière. Une mesure législative qui a pour objet ou pour effet de faciliter l'exercice d'un droit ou d'une liberté ne contrevient généralement pas à la *Charte* uniquement en raison de son rôle réparateur.

En l'espèce, la réponse à l'argument de l'intimé, selon lequel l'appelant invoque un droit constitutionnel positif, est que la demande de l'appelant n'est pas fondée sur l'opinion que le législateur est tenu de le protéger contre l'intervention de la direction, ou de promouvoir la formation d'associations de membres. La question des obligations et droits positifs ne se pose simplement pas dans le présent pourvoi. L'appelant n'affirme pas que la *Charte* lui reconnaît le droit d'être assujéti à la *LRTFP* ou de bénéficier de l'une de ses protections particulières. Il fait plutôt strictement valoir que, tel que formulé actuellement, l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* a pour objet d'assurer que les membres de la GRC continuent d'être désavantagés sur le plan de leur capacité de s'associer en vue de réaliser un objectif commun. C'est cet objet invalide, et non pas la revendication de droits positifs, qui constitue le fondement de la demande de l'appelant.

### B. L'article premier

Il incombe à l'intimé, à titre de partie qui demande le maintien d'une restriction à des libertés garanties par la *Charte*, de démontrer que la restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour s'acquitter de cette obligation, il doit satisfaire à deux critères principaux établis dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 136 à 139, et précisés dans d'autres arrêts, dont *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, *Eldridge, précité*, *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Premièrement, l'objectif que l'on veut atteindre au moyen de la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Deuxièmement, l'intimé doit démontrer que les moyens choisis pour réaliser cet objec-

out in *Oakes*, *supra*. As recently confirmed in *Thomson Newspapers*, *supra*, the analysis at all steps of the s. 1 analysis is contextual in nature. As stated by Bastarache J. in *Thomson Newspapers* for a majority of the Court, at para. 87:

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

#### (1) Sufficiently Important Objective

A question which arises in this appeal is whether a legislative provision whose purpose infringes the *Charter* may nonetheless be found to have an objective that is sufficiently important to justify overriding a *Charter* freedom. In the present case, we have already explained that the purpose of para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* is to ensure that individual members of the RCMP remain vulnerable to management interference with their associational activities, in contravention of s. 2(d) of the *Charter*. If this were the only purpose of the impugned provision, it would not qualify as a pressing and substantial objective, and the s. 1 inquiry would cease at this stage of the analysis: *Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 352-53.

However, the respondent submits that para. (e)'s anti-associational purpose serves a broader purpose which is sufficiently important to justify overriding the appellant's freedom of association

tif sont proportionnels, conformément au critère de proportionnalité à trois volets qui a été initialement énoncé dans l'arrêt *Oakes*, précité. Comme l'a récemment confirmé l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, l'analyse à chacune des étapes de l'examen fondé sur l'article premier est de nature contextuelle. Comme l'a dit le juge Bastarache au nom de la Cour à la majorité dans *Thomson Newspapers*, au par. 87:

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

#### (1) L'objectif suffisamment important

Une question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir s'il est possible de conclure qu'une disposition législative dont l'objet contrevient à la *Charte* a néanmoins un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la *Charte*. En l'espèce, nous avons déjà expliqué que l'objet de l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* était d'assurer que les membres de la GRC, pris individuellement, restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, contrairement à l'al. 2d) de la *Charte*. S'il s'agissait du seul objet de la disposition contestée, il ne pourrait pas s'agir d'un objectif urgent et réel, et l'examen fondé sur l'article premier s'arrêterait là: *Big M Drug Mart*, précité, aux pp. 352 et 353.

L'intimé soutient toutefois que l'objectif de l'al. e), qui est d'empêcher la formation d'associations, sert un objet plus général qui est suffisamment important pour justifier la suppression des

and freedom of expression. The broader purpose of the provision is to secure, for all Canadians, a national police force that is both stable and impartial. The respondent submits that the RCMP is a unique police force whose stability and reliability are particularly important, because (a) it is the primary provincial police force in eight provinces and the primary municipal police force in almost 200 municipalities across the country; (b) the RCMP is responsible for national identification services and forensic programs; (c) the RCMP is responsible for Canada's international policing obligations; and (d) the RCMP is called upon with some regularity to fill the void left when a municipal or provincial police force or a union of prison guards goes on strike. The continued availability and reliability of the RCMP are essential, the respondent states, because no other police force could fulfil these special roles, and the Armed Forces are not well suited as a replacement in the event of an RCMP strike. The respondent referred the Court to articles and other materials regarding the harmful effects of a police strike: see, e.g., G. Clark, "What Happens When The Police Strike", in R. M. Ayres and T. L. Wheelan, eds., *Collective Bargaining in the Public Sector: Selected Readings in Law Enforcement* (1977), 401, at p. 401.

libertés d'association et d'expression de l'appelant. L'objet plus général de la disposition est de garantir à tous les Canadiens un corps policier national à la fois stable et impartial. L'intimé soutient que la GRC est un corps policier exceptionnel dont la stabilité et la fiabilité sont particulièrement importantes, parce que a) elle constitue le principal corps policier provincial de huit provinces et le principal corps policier municipal de presque 200 municipalités au pays, b) la GRC est responsable du service et des programmes nationaux d'identité judiciaire, c) la GRC est responsable de l'exécution des obligations internationales du Canada en matière de police, et d) la GRC est appelée assez régulièrement à combler le vide causé par la grève d'un corps policier municipal ou provincial ou de gardiens de prison syndiqués. L'intimé affirme que la disponibilité et la fiabilité constantes de la GRC sont essentielles parce qu'aucun autre corps policier ne serait en mesure de remplir ces fonctions particulières et que les forces armées ne pourraient pas la remplacer adéquatement en cas de grève. L'intimé a renvoyé notre Cour à des articles et à d'autres documents concernant les effets préjudiciables d'une grève de la police: voir, par exemple, G. Clark, «What Happens When The Police Strike», dans R. M. Ayres et T. L. Wheelan, dir., *Collective Bargaining in the Public Sector: Selected Readings in Law Enforcement* (1977), 401, à la p. 401.

114

The appellant argued to the contrary effect. He stated that the importance of stability within the RCMP is little greater than the importance of stability in other police forces in Canada, and these police forces are protected in their freedom to associate and also enjoy some collective bargaining rights. He pointed to the fact that RCMP members have never gone on strike, and that they do not seek the right to strike, as evidence that the respondent's concerns regarding anticipated labour unrest and strike activity are factually ill-founded. In the appellant's view, such ill-founded concerns cannot support a finding that the impugned legislation pursues an objective which is sufficiently important to justify overriding constitutionally protected freedoms.

L'appelant a présenté des arguments dans le sens contraire. Il a dit que la stabilité de la GRC n'était pas beaucoup plus importante que celle des autres corps policiers au Canada, lesquels bénéficient de la protection de leur liberté d'association et possèdent également certains droits à la négociation collective. Il a mentionné que le fait que les membres de la GRC n'ont jamais fait la grève et qu'ils ne réclament pas le droit de grève prouve que les craintes de conflits et d'arrêts de travail exprimées par l'intimé sont en réalité sans fondement. Selon l'appelant, ces craintes non fondées ne sauraient justifier la conclusion que la mesure législative contestée vise un objectif suffisamment important pour justifier la suppression de libertés garanties par la Constitution.

In our view, the general legislative goal of assuring a stable national police force is a pressing and substantial objective for the purpose of the first stage under s. 1. The fact that other police forces in Canada have the right to associate and to engage in limited collective bargaining does not negate the importance of ensuring that the essential services which a police force provides can be relied upon on a continuous basis. Rather, the phenomenon merely illustrates that various provincial legislatures have chosen a different balance between the interests of police officers as employees, on the one hand, and the public interest in reliable policing, on the other. Moreover, although it may be that labour unrest within the RCMP is unlikely ever to be sufficient to affect the supply of effective national policing services, the essential nature of these services and the harmful consequences of a police strike are sufficient to justify the objective of negating even a slim risk of a breakdown in policing by the RCMP. The real question is whether Parliament has chosen a proportionate means to deal with this risk.

We would note, though, that the pressing and substantial objective contained in para. (e) is specifically that of ensuring a stable and reliable national police force. The discrete objective of ensuring the impartiality of RCMP members as between labour and management is not, in and of itself, a pressing and substantial objective. Quite the contrary, the existence of partiality towards labour is inherent in labour activism in pursuit of just working conditions by RCMP members. Only if such impartiality is factually linked to RCMP stability and reliability will the achievement of such impartiality be considered pressing and substantial under s. 1.

In finding that the impugned legislation has a general purpose which accords with s. 1, notwithstanding its more specific, impermissible purpose, we are mindful that the objective of an impugned provision should not be overstated. The Court

À notre avis, l'objectif général de la mesure législative en cause, qui est de maintenir un corps policier national stable, est un objectif urgent et réel pour les fins de la première étape de l'examen fondé sur l'article premier. Le fait que d'autres corps policiers canadiens ont le droit de former des associations et de se livrer à des négociations collectives limitées n'écarte pas l'importance de garantir que l'on puisse compter en tout temps sur les services essentiels que fournit un corps policier. Au contraire, ce phénomène montre seulement que diverses législatures provinciales ont choisi un équilibre différent entre, d'une part, les intérêts des policiers en tant qu'employés et, d'autre part, l'intérêt qu'a le public à disposer de services de police fiables. De plus, même s'il est possible qu'un conflit de travail au sein de la GRC ne prenne jamais une ampleur suffisante pour nuire à la prestation de services de police nationaux efficaces, le fait qu'il s'agit de services essentiels et les conséquences préjudiciables d'une grève des policiers sont suffisants pour justifier l'objectif d'écarter le moindre risque d'interruption des services de police de la GRC. La véritable question est de savoir si le législateur a choisi un moyen proportionnel pour éliminer ce risque.

Nous tenons cependant à souligner que l'objectif urgent et réel contenu à l'al. e) est justement d'assurer le maintien d'un corps policier national stable et fiable. L'objectif distinct d'assurer l'impartialité des membres de la GRC envers les travailleurs et le patronat n'est pas en soi un objectif urgent et réel. Bien au contraire, l'existence de partialité pour les travailleurs est inhérente à l'activisme syndical visant l'obtention de conditions de travail équitables pour les membres de la GRC. C'est seulement si les faits démontrent l'existence d'un lien entre cette impartialité et la stabilité et la fiabilité de la GRC que l'impartialité sera considérée comme étant un objectif urgent et réel au sens de l'article premier.

En concluant que la mesure législative contestée a un objectif général conforme à l'article premier, en dépit de son objectif inacceptable plus particulier, nous sommes conscients qu'il ne faut pas surestimer l'objectif d'une disposition contestée.

115

116

117

should not impute to a specific legislative provision a broader purpose than it can reasonably bear: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144, *per* McLachlin J. In our view, though, the importance of identifying the specific objective of the infringing measure does not negate the equal importance of identifying all aspects of that objective. In the present case, para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* has both the specific purpose of maintaining the power of RCMP management to block associational efforts by members, and the more indirect purpose of assuring a stable national police force. These two inter-related objectives are contained in the same infringing measure.

118 To conclude on the issue of legislative objective, we are of the view that, where impugned legislation has two objectives, one of which is pressing and substantial in a free and democratic society, while the other is contrary to the *Charter*, the legislation will satisfy the first stage of the s. 1 inquiry. The fact that one purpose of the impugned legislation is impermissible clearly means that the *Charter* is infringed. However, it seems contrary to the purpose of s. 1 to find that, even though legislation serves one demonstrably justified purpose, it nonetheless should be deemed not to have such a purpose for other reasons. It is more in keeping with the overall framework of the *Oakes* inquiry to consider the existence of the second, invalid purpose as one element of the context underlying the proportionality analysis.

## (2) Proportionality

### (a) *Rational Connection*

119 At the rational connection stage of the proportionality analysis in this case, the respondent must show, on the basis of reason or logic, a causal connection between the objective of securing a stable and reliable national police force and the means chosen to secure this objective. Although scientific

La Cour ne doit pas attribuer à une disposition législative particulière un objet plus large que celui qu'elle peut raisonnablement avoir: *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au par. 144, le juge McLachlin. Nous sommes toutefois d'avis que l'importance d'identifier l'objectif particulier de la mesure attentatoire n'écarte pas l'importance égale d'identifier tous les aspects de cet objectif. En l'espèce, l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* a, à la fois, pour objet particulier de maintenir le pouvoir de la direction de la GRC de bloquer les tentatives des membres de ce corps policier de s'associer et pour objet plus indirect d'assurer le maintien d'un corps policier national stable. Ces deux objectifs étroitement liés sont contenus dans la même mesure attentatoire.

Pour conclure sur la question de l'objectif législatif, nous estimons que, si une mesure législative contestée a deux objectifs, dont l'un est urgent et réel dans le cadre d'une société libre et démocratique, et l'autre contraire à la *Charte*, cette mesure législative satisfait à la première étape de l'examen fondé sur l'article premier. Le fait qu'un objet de la mesure législative contestée est inacceptable signifie clairement qu'il y a violation de la *Charte*. Toutefois, il semble contraire à l'objet de l'article premier de conclure que, même si la mesure législative en cause vise un objectif dont la justification peut se démontrer, elle doit néanmoins être réputée ne pas avoir un tel objectif pour d'autres motifs. Il est plus conforme au cadre général de l'examen dont il est question dans l'arrêt *Oakes* de considérer l'existence du deuxième objectif, qui est celui-là invalide, comme faisant partie du contexte qui sous-tend l'analyse de la proportionnalité.

## (2) La proportionnalité

### a) *Le lien rationnel*

En l'espèce, à l'étape de l'analyse de la proportionnalité qui consiste à déterminer l'existence d'un lien rationnel, l'intimé doit démontrer, en se fondant sur la raison ou la logique, l'existence d'un lien de causalité entre l'objectif d'assurer le maintien d'un corps policier national stable et

evidence of a causal connection (or of a lack thereof) is relevant at this stage of the s. 1 inquiry, it is not always required: *RJR-MacDonald*, *supra*, at paras. 153-54, *per* McLachlin J.; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101.

The respondent argues that the important objective of securing a national police force which can be relied upon to perform all of the important functions discussed above can be achieved through the exclusion of RCMP members from the basic associational protections contained in the *PSSRA*. But is there really a logical causal link between blocking access of RCMP members to the *PSSRA* in its entirety, and preventing the same members from engaging in labour unrest? It is certainly a debatable point.

Michaud J. in the Superior Court commented that it was not clear to him whether it was more likely or less likely that RCMP members would engage in a strike or work slowdown if they were subject to a statutory labour relations regime. He suggested, without deciding, that unionization and the implementation of limited collective bargaining arrangements might actually reduce the risk of more drastic bargaining tactics, precisely because RCMP members would have an effective vehicle for communicating with management. In short, he suggested that, if RCMP members were treated well by management and by the state, they would be less likely to feel forced to use methods other than negotiation to resolve their claims.

The logic suggested by Michaud J. finds some support in past events in Canada and similar countries. The police strikes of 1918 and 1919 in England, for example, appear to have occurred largely because police force members were repeatedly denied the freedom to associate and the right to bargain collectively. See, e.g., G. Howard, *Guardians of the Queen's Peace* (1953), at

fiable et les moyens choisis pour atteindre cet objectif. Bien que la preuve scientifique d'un lien de causalité (ou de l'absence de ce lien) soit utile à cette étape de l'examen fondé sur l'article premier, elle n'est pas toujours requise: *RJR-MacDonald*, précité, aux par. 153 et 154, le juge McLachlin; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 101.

L'intimé prétend que l'objectif important du maintien d'un corps policier national sur lequel on peut compter pour ce qui est d'exercer toutes les fonctions importantes analysées plus haut peut être atteint en soustrayant les membres de la GRC à l'application des protections fondamentales en matière d'association que contient la *LRTFP*. Mais, y a-t-il vraiment un lien de causalité logique entre le fait de bloquer l'accès des membres de la GRC à l'ensemble de la *LRTFP* et celui de les empêcher de déclencher un conflit de travail? Ce point est sûrement discutable.

Le juge Michaud de la Cour supérieure a fait observer qu'il n'était pas certain que les membres de la GRC seraient plus ou moins susceptibles de déclencher une grève ou un ralentissement de travail s'ils étaient assujettis à un régime législatif de relations du travail. Il a laissé entendre, sans le décider, que la syndicalisation et la mise en œuvre d'un régime limité de négociation collective pourraient, en réalité, diminuer le risque de tactiques de négociation plus draconiennes, justement parce que les membres de la GRC disposeraient d'un moyen efficace de communiquer avec la direction. Bref, il a indiqué que, s'ils étaient bien traités par la direction et l'État, les membres de la GRC risqueraient moins de se sentir forcés de recourir à d'autres moyens que la négociation pour régler leurs demandes.

Les événements survenus dans le passé au Canada et dans d'autres pays similaires étaient, dans une certaine mesure, la logique proposée par le juge Michaud. Les grèves policières de 1918 et de 1919 en Angleterre, notamment, paraissent avoir été déclenchées en grande partie parce que les membres des corps policiers s'étaient vu refuser à maintes reprises la liberté de s'associer et le

120

121

122

pp. 156-58. Conversely, throughout Canada, numerous police forces benefit from statutory protections of their freedom to associate, and are subject to limited collective bargaining regimes which take into account the role of police officers as essential service workers. Although there has been sporadic labour unrest among some of these unions, the majority of police unions have never resorted to work slowdowns or strikes in order to resolve their labour disputes: see, e.g., E. G. Fisher and H. Starek, "Police Bargaining in Canada: Private Sector Bargaining, Compulsory Arbitration, and Mediation-Arbitration in Vancouver" (1978), 2 *Canadian Police College Journal* 133. Moreover, it is difficult to state with certainty that there is a causal link between those work disruptions which have occurred and the prior unionization of the particular police forces in question. As in the English example, it is possible that these disruptions would have occurred in any event, as a result of the degree of labour mobilization, and the labour relations culture, within the particular police forces.

droit de négocier collectivement. Voir, par exemple, G. Howard, *Guardians of the Queen's Peace* (1953), aux pp. 156 à 158. À l'inverse, de nombreux corps policiers au Canada voient leur liberté d'association protégée par la loi et sont assujettis à des régimes limités de négociation collective qui tiennent compte du fait que les policiers fournissent des services essentiels. Bien qu'il y ait eu des conflits de travail isolés impliquant certains de ces syndicats, la majorité des syndicats policiers n'ont jamais eu recours aux ralentissements de travail ni à la grève pour résoudre les différends de travail de leurs membres: voir, par exemple, E. G. Fisher et H. Starek, «Négociations chez les corps policiers du Canada: Négociations dans le secteur privé, arbitrage obligatoire et médiation — arbitrage à Vancouver» (1978), 2 *Journal du Collège canadien de police* 151. De plus, il est difficile de dire avec certitude qu'il y a un lien de causalité entre les arrêts de travail survenus et la syndicalisation antérieure des corps policiers en cause. Comme en Angleterre, des arrêts de travail auraient pu avoir lieu de toute façon en raison du degré de mobilisation des travailleurs et de la culture en matière de relations du travail qui a cours au sein de ces corps policiers.

123 The historical record illustrates the problem inherent in arguing that there is a causal connection between excluding RCMP members from a statutory labour relations regime and avoiding labour strife. It may be reasonable to assume that a lack of labour organizations means a lack of labour mobilization and thus a lack of labour unrest. However, it is also reasonable to assume, on the basis of not only logic but also experience, that actively supporting the suppression of employees' associational activity by management causes exactly the type of problem sought to be avoided through the phenomenon of suppression.

Le dossier historique illustre le problème inhérent à l'argument qu'il existe un lien de causalité entre l'exclusion de membres de la GRC d'un régime législatif de relations du travail et le fait d'éviter des conflits de travail. Il peut être raisonnable de présumer que l'absence d'organisations syndicales signifie l'absence de mobilisation des travailleurs et, par conséquent, l'absence de conflits de travail. Toutefois, tant la logique que l'expérience nous enseignent qu'il est aussi raisonnable de présumer que le fait d'appuyer activement la répression des activités associatives des employés cause exactement le genre de problème que l'on cherche à éviter par la répression.

124 The question which arises is this: if it is equally logical to assume that a legislative provision actually causes a problem as it is to assume that it remedies the problem, is there really a rational connection sufficient to satisfy this element of the *Oakes* test? Generally speaking, where this Court has

La question qui se pose est la suivante: s'il est aussi logique de présumer qu'une disposition législative cause réellement un problème que de présumer qu'elle y remédie, y a-t-il vraiment un lien rationnel suffisant pour satisfaire à cet élément du critère de l'arrêt *Oakes*? De façon générale,

been faced with contradictory evidence of causation for the purpose of the rational connection inquiry, the difficulty has been simply in deciphering whether the evidence supported a causal link. This case raises the somewhat unusual situation that some of the evidence not only does not support a causal link between the legislative objective and the means used to achieve that objective, but it supports precisely the reverse conclusion, namely that the means chosen engender the very mischief sought to be cured. It seems contrary to the purpose of s. 1 of the *Charter* to find that the state has demonstrably justified its law in circumstances where it is equally probable that the law causes the very social harm it purports to target.

We are inclined to find, at least in these limited circumstances, that the respondent has not established a rational link between excluding RCMP members from the entirety of the *PSSRA* and securing a stable and reliable RCMP. If the rational connection component of the proportionality analysis under *Oakes* is to have any role to play, it must at least be in circumstances such as these, where the state seeks to infringe *Charter* freedoms in a context where doing so may exacerbate the social ill sought to be cured. At the same time, though, the respondent's position with respect to rational connection is not *per se* illogical, standing alone. Even if it can be said that the respondent has established a rational connection between the legislative objective and the impugned provision, we also find that the legislation fails the minimal impairment component of the proportionality analysis. It is to this issue that we now turn.

(b) *Minimum Impairment*

(i) Context and Deference

Labour relations law is typically an area in which courts have shown the legislature a degree of deference, owing to the complexity and delicacy

lorsque notre Cour a été saisie d'une preuve contradictoire en matière de causalité dans le cadre de l'examen du lien rationnel, le problème était simplement de déterminer si la preuve étayait l'existence d'un lien de causalité. On se trouve en l'espèce dans la situation quelque peu inhabituelle où non seulement une partie de la preuve n'étaye pas l'existence d'un lien de causalité entre l'objectif législatif en cause et les moyens employés pour l'atteindre, mais où elle appuie exactement la conclusion contraire, à savoir que les moyens choisis causent le mal même auquel on cherche à remédier. Il semble contraire à l'objet de l'article premier de la *Charte* de conclure que l'État a démontré la justification de sa mesure législative alors qu'il est tout aussi probable que cette mesure législative cause le préjudice social même auquel elle est censée s'attaquer.

Nous sommes enclins à conclure, au moins dans ces circonstances limitées, que l'intimé n'a pas établi l'existence d'un lien rationnel entre l'exclusion des membres de la GRC de l'ensemble de la *LRTFP* et le maintien d'une GRC stable et fiable. Si le lien rationnel examiné dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité, dont il est question dans l'arrêt *Oakes*, doit avoir un rôle à jouer, ce doit être au moins dans des cas comme la présente affaire où l'État cherche à porter atteinte à des libertés garanties par la *Charte* dans un contexte où cette façon d'agir risque d'aggraver le préjudice social auquel on cherche à remédier. En même temps, pris isolément, le point de vue de l'intimé à l'égard du lien rationnel n'est toutefois pas illogique en soi. Même si on peut dire que l'intimé a établi l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif législatif et la disposition contestée, nous concluons également que cette dernière ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale que comporte l'analyse de la proportionnalité. C'est cette question que nous allons maintenant examiner.

b) *L'atteinte minimale*

(i) Le contexte et la retenue judiciaire

Le droit en matière de relations du travail constitue habituellement un domaine où les tribunaux font preuve de retenue envers le législateur en

of the balance sought to be struck by legislation among the interests of labour, management, and the public. This point was well expressed by McIntyre J. in the *Alberta Reference*, *supra*, at p. 414:

Labour law, as we have seen, is a fundamentally important as well as an extremely sensitive subject. It is based upon a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other. The balance between the two forces is delicate and the public-at-large depends for its security and welfare upon the maintenance of that balance. One group concedes certain interests in exchange for concessions from the other. There is clearly no correct balance which may be struck giving permanent satisfaction to the two groups, as well as securing the public interest. The whole process is inherently dynamic and unstable. Care must be taken then in considering whether constitutional protection should be given to one aspect of this dynamic and evolving process while leaving the others subject to the social pressures of the day.

See also *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 57. Similar opinions regarding the desirability of deference to the legislature in labour relations matters, particularly in cases involving constitutional claims, have been expressed in the academic literature. See, e.g., P. C. Weiler, "The Charter at work: Reflections on the constitutionalizing of labour and employment law" (1990), 40 *U.T.L.J.* 117, at p. 184.

127

We agree that, in many if not most cases, it will be found appropriate to defer to the legislature in its determination of how best to strike the delicate balance among labour, management, and public interests. However, deference does not equate to a negation of constitutional analysis: *Vriend*, *supra*, at para. 54. Nor is deference necessarily appropriate in all cases. In *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. discussed the need to examine the surrounding context in order to determine the appropriateness of deference to the legislature in a

raison de la complexité et de la fragilité de l'équilibre que la mesure législative tente d'établir entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public. Cette question a été bien exposée par le juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, à la p. 414:

Le droit du travail, comme nous l'avons vu, constitue un sujet d'importance fondamentale, mais aussi extrêmement délicat. Il est fondé sur un compromis politique et économique entre d'une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d'autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante. L'équilibre entre ces deux forces est fragile et la sécurité et le bien-être de la population en général dépendent du maintien de cet équilibre. L'un de ces groupes renonce à certains de ses intérêts en échange de concessions de la part de l'autre. Manifestement il n'existe pas de juste équilibre qui puisse satisfaire de façon permanente les deux groupes, tout en sauvegardant l'intérêt public. L'ensemble du processus est fondamentalement dynamique et instable. Il faut donc faire preuve de prudence lorsqu'on se demande si une protection constitutionnelle devrait être accordée à l'un des aspects de ce processus dynamique et changeant, tout en abandonnant les autres sujets aux pressions sociales du jour.

Voir également l'arrêt *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, au par. 57. Des opinions semblables ont été exprimées dans la doctrine concernant l'opportunité de la retenue judiciaire envers le législateur en matière de relations du travail, particulièrement dans le cas de demandes fondées sur la Constitution. Voir, par exemple, P. C. Weiler, «The Charter at work: Reflections on the constitutionalizing of labour and employment law» (1990), 40 *U.T.L.J.* 117, à la p. 184.

Nous convenons que, dans bien des cas, voire la plupart des cas, on jugera opportun de s'en remettre au législateur pour ce qui est de déterminer la meilleure façon d'atteindre l'équilibre fragile entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public. Cependant, la retenue judiciaire n'est pas un refus de procéder à une analyse fondée sur la Constitution: *Vriend*, précité, au par. 54. La retenue judiciaire n'est pas non plus nécessairement appropriée dans tous les cas. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Bastarache a

particular set of circumstances. He listed four contextual factors which would favour a more deferential approach at one or more stages of the s. 1 inquiry, namely: (1) the role of the legislature in striking a balance between the interests of competing groups, as distinct from the situation where the legislature is the “singular antagonist” of the individual whose *Charter* freedoms have been infringed; (2) the vulnerability of the group that the legislature seeks to protect, and that group’s subjective fears and apprehension of harm; (3) the inability to measure scientifically a particular harm in question or the efficaciousness of a remedy; and (4) the low social value of the activity suppressed by the legislation.

It is important to stress that the present case is somewhat unusual in the labour relations area, insofar as none of the contextual factors discussed by Bastarache J. in *Thomson Newspapers* favours an exercise of deference to the legislature.

First, the complete exclusion of a class of employees from a comprehensive labour relations scheme can hardly be characterized as achieving a delicate balance among the interests of labour and those of management and the Canadian public. For members of the RCMP, no balance has been struck at all. Their interests as employees are entirely and intentionally ignored by the *PSSRA*, with the effect that the Act enhances the interests of RCMP management and those of the public far above those of RCMP members. In singling out RCMP members for a complete lack of protection against even the most basic associational protections, the state can hardly be characterized as a mediator.

Second, the impugned para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* is not designed to protect a vulnerable group in Canadian society. It is true that the public at large is vulnerable to the harmful effects of a police strike. However, in our view, the general public is not a vulnerable group

analysé la nécessité d’étudier le contexte pour décider de l’opportunité de faire preuve de retenue judiciaire envers le législateur dans une situation donnée. Il a énuméré quatre facteurs contextuels qui favoriseraient une plus grande retenue à une ou plusieurs étapes de l’examen fondé sur l’article premier, à savoir: (1) le rôle du législateur dans la recherche du point d’équilibre entre les intérêts de groupes opposés, par opposition à la situation où le législateur est l’«adversaire singulier» de la personne dont les libertés garanties par la *Charte* ont été violées, (2) la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger ainsi que les craintes subjectives de ce groupe et son appréhension de subir un préjudice, (3) l’incapacité de mesurer scientifiquement le préjudice particulier en cause ou l’efficacité d’une réparation, et (4) la faible valeur sociale de l’activité réprimée par la mesure législative.

Il est important de souligner que la présente affaire est quelque peu inhabituelle dans le domaine des relations du travail, dans la mesure où aucun des facteurs contextuels analysés par le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers* ne favorise la retenue judiciaire envers le législateur.

En premier lieu, on ne saurait guère affirmer que l’exclusion totale d’une catégorie d’employés d’un régime complet de relations du travail établit un équilibre délicat entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public canadien. Pour les membres de la GRC, aucun équilibre n’a été établi. Leurs intérêts à titre d’employés sont totalement et délibérément passés sous silence par la *LRTFP*, de sorte que cette loi place les intérêts de la direction de la GRC et ceux du public bien au-dessus de ceux des membres de la GRC. On ne saurait guère qualifier l’État de médiateur lorsqu’il traite différemment les membres de la GRC en les soustrayant totalement aux protections les plus fondamentales en matière d’association.

En deuxième lieu, l’al. e) contesté de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *LRTFP* n’est pas conçu pour protéger un groupe vulnérable dans la société canadienne. Il est vrai que le public en général est vulnérable aux effets préjudiciables d’une grève de la police. Nous

128

129

130

in the sense understood in this Court's s. 1 jurisprudence: see, e.g., *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 995, per Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.; *Ross, supra*, at para. 88; *Thomson Newspapers, supra*, at paras. 88-90, per Bastarache J. The only vulnerable group at issue in the present analysis is RCMP members themselves. Although clearly police officers are not generally considered a vulnerable group within the overall fabric of Canadian society, they are members of a vulnerable group in a relative sense insofar as they are employees. As mentioned above, Dickson C.J. noted in *Slaight Communications, supra*, at p. 1051, that legislation which seeks to ameliorate the position of employees falls within "a class of cases in which the governmental objective is that of protection of a particularly vulnerable group, or members thereof". It follows that legislation whose purpose is to maintain the inherent weakness of employees, such as para. (e) in the present case, is not entitled to deference. Indeed, such legislation should be examined with particular care.

sommes toutefois d'avis que le public en général n'est pas un groupe vulnérable au sens de la jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier: voir, par exemple, les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 995, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson; *Ross*, précité, au par. 88; *Thomson Newspapers*, précité, aux par. 88 à 90, le juge Bastarache. Le seul groupe vulnérable en cause dans la présente analyse est composé des membres de la GRC eux-mêmes. Même s'il est clair que les policiers ne sont généralement pas considérés comme un groupe vulnérable dans la société globale canadienne, ils font partie, relativement parlant, d'un groupe vulnérable en leur qualité d'employés. Comme nous l'avons vu, le juge en chef Dickson a fait remarquer, dans *Slaight Communications*, précité, à la p. 1051, que la mesure législative qui tend à améliorer la position des employés relève «d'une catégorie d'affaires où l'objectif gouvernemental est de protéger un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de ce groupe». Il s'ensuit que la retenue judiciaire ne s'applique pas à une mesure législative, comme l'al. e) en l'espèce, qui a pour objet de maintenir la faiblesse inhérente d'employés. En fait, une telle mesure législative devrait être étudiée très minutieusement.

131 Third, there is clearly some difficulty in this case in determining with scientific precision whether a link exists between the objective of securing a stable national police force and the means chosen to achieve this objective, namely the exclusion of RCMP members from the *PSSRA*. Ordinarily, this evidentiary difficulty would favour granting to the legislature a certain leeway in its choice of legislative remedy from a range of reasonable alternatives: *RJR-MacDonald, supra*, at para. 160, per McLachlin J. However, as we have already discussed in relation to the issue of rational connection, the evidentiary record here lends some support to the view that the remedy chosen by Parliament to secure a stable national police force may actually contribute to the very labour unrest sought to be avoided. Faced with such evidence, it is inappropriate to defer to the legislature's choice.

En troisième lieu, il est manifestement quelque peu difficile en l'espèce de déterminer avec une précision scientifique s'il y a un lien entre l'objectif de maintien d'un corps policier national stable et les moyens choisis pour atteindre cet objectif, notamment l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP*. Normalement, ce problème de preuve favoriserait l'attribution au législateur d'une certaine latitude dans le choix d'une mesure réparatrice à partir d'une gamme de solutions raisonnables: *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160, le juge McLachlin. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné relativement à la question du lien rationnel, la preuve soumise en l'espèce appuie dans une certaine mesure l'opinion que la mesure réparatrice choisie par le législateur pour maintenir un corps policier national stable peut, en réalité, contribuer à créer les conflits de travail que l'on

A more rigorous examination of the issue of justification is called for.

Fourth, and finally with respect to the contextual factors relevant to the question of appropriate deference, the social and moral value of the activity suppressed by the impugned legislation in this case is very high. It is not necessary to review again here the importance of employee associations within Canadian society, which has already been discussed above. It is sufficient to note that the nature of the associational activity at issue does not warrant a deferential approach in analyzing possible justifications for the impugned legislation.

(ii) The Existence of a Less Restrictive Alternative

The question at this stage of the s. 1 inquiry is whether the exclusion of RCMP members from the entirety of the *PSSRA* impairs the appellant's freedom of association and freedom of expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislation's objective. As stated by McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 160:

The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

The essential practical question at this stage is whether Parliament could have granted to RCMP members, either within the *PSSRA* itself or through the enactment of a separate statute, some of the basic associational protections contained in the

cherche justement à éviter. À la lumière d'une telle preuve, il n'est pas opportun de s'en remettre au choix du législateur. Il faut se livrer à un examen plus rigoureux de la question de la justification.

En quatrième et dernier lieu, relativement aux facteurs contextuels applicables à la question de l'opportunité de la retenue judiciaire, la valeur sociale et morale de l'activité réprimée par la mesure législative contestée en l'espèce est très élevée. Il n'est pas nécessaire ici de revenir sur l'importance déjà analysée des associations d'employés dans la société canadienne. Il suffit de noter que la nature de l'activité associative en cause ne justifie pas l'adoption d'une méthode fondée sur la retenue judiciaire pour analyser les justifications possibles de la mesure législative contestée.

(ii) L'existence d'une solution de rechange moins restrictive

À cette étape de l'examen fondé sur l'article premier, la question est de savoir si l'exclusion des membres de la GRC de l'ensemble du régime de la *LRTFP* restreint les libertés d'association et d'expression de l'appelant aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire afin de réaliser l'objectif de la mesure législative en cause. Comme l'a dit le juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 160:

La restriction doit être «minimale», c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation; [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

Concrètement, il est essentiel de se demander, à ce stade, si le législateur aurait pu accorder aux membres de la GRC, dans la *LRTFP* elle-même ou par l'adoption d'une loi distincte, certaines protections fondamentales en matière d'association que

132

133

134

*PSSRA* without compromising the important objective of securing a stable and reliable national police force. This is the entire thrust of the appellant's claim — i.e., that it was unnecessary for Parliament to seek to ensure the continued vulnerability of RCMP members to management interference with the free association in order to ensure the broader objective of securing a stable and reliable national police force. In other words, Parliament could have achieved its valid broader objective without following through on its invalid narrow objective of ensuring a lack of RCMP member associations. The respondent argued before this Court that no less restrictive means could suffice, because it is the fact of association itself which produces the anticipated “divided loyalty” and thus leads to labour unrest among RCMP members. In the respondent's view, the preliminary step of permitting employee associations and protecting such associations against interference by management has the potential to destabilize the RCMP and thus ultimately to decrease public security.

contient la *LRTFP*, sans compromettre l'objectif important du maintien d'un corps policier national stable et fiable. Tel est l'essentiel de la prétention de l'appelant — à savoir qu'il n'était pas nécessaire que le législateur cherche à maintenir la vulnérabilité des membres de la GRC à l'empiétement de la direction sur leur liberté d'association afin de réaliser l'objectif général du maintien d'un corps policier national stable et fiable. En d'autres termes, le législateur aurait pu atteindre son objectif général valide sans mettre à exécution son objectif restreint invalide d'empêcher l'existence d'associations de membres de la GRC. L'intimé a prétendu devant notre Cour qu'aucun moyen moins restrictif ne saurait suffire parce que c'est le fait même de s'associer qui est à l'origine du «conflit de loyautés» prévu et qui est donc susceptible de causer des conflits de travail chez les membres de la GRC. Selon l'intimé, l'étape préliminaire consistant à autoriser les associations d'employés et à les protéger contre l'ingérence de la direction est susceptible de déstabiliser la GRC et, en fin de compte, de diminuer la sécurité publique.

135

In our view, the respondent's argument overstates the necessity of completely discouraging the formation of RCMP employee associations. It must first be recognized that many RCMP members already experience what the government has described as “divided loyalty”, without yet having gone on strike as a result. The gradual rise of informal associations of RCMP members is a manifestation of the dissatisfaction of some RCMP members with the existing labour relations framework within the force. While this dissatisfaction may ultimately transform itself into more active expressions of labour unrest, the important point is that the dissatisfaction already exists. The denial of statutory protections for RCMP member associations does not prevent a “divided loyalty”. The dual allegiance of RCMP members to their police superiors and to their fellow employees is thus a contemporary reality, not an anticipated “harm”. The most that the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* has accomplished in this respect is

À notre avis, l'argument de l'intimé exagère la nécessité de décourager totalement la formation d'associations d'employés de la GRC. Il faut d'abord reconnaître que bien des membres de la GRC sont déjà dans ce que le gouvernement a décrit comme étant une situation de «conflit de loyautés» sans pour autant avoir fait la grève. L'augmentation progressive du nombre d'associations informelles de membres de la GRC traduit le mécontentement que certains membres éprouvent à l'égard du cadre de relations du travail existant au sein de la Gendarmerie. Même si ce mécontentement peut finir par se manifester sous des formes plus actives de conflit de travail, l'important est que le mécontentement est déjà présent. Le refus d'accorder des protections légales aux associations de membres de la GRC n'empêche pas l'existence d'un «conflit de loyautés». La double allégeance des membres de la GRC à leurs supérieurs et à leurs collègues de travail est donc une réalité contemporaine, et non pas un «préjudice» prévu. Au mieux, tout ce que l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* a réussi à accomplir

to slow the rate at which individual RCMP members have acquired this dual allegiance.

If RCMP members have been experiencing an antagonism to RCMP management without serious labour unrest for many years, it seems likely that there must be additional factors beyond their exclusion from the *PSSRA* which contribute to the continued stability of the force. One of these factors is presumably the quasi-military structure of the force, and the significant penalties imposed upon members who violate internal rules of conduct. Another more significant factor is the strong sense of honour which RCMP members must feel in adhering to the law even while fighting ardently for its reform. Whatever the combination of factors that has contributed to the continued stability of the RCMP throughout this century, it is certain that exclusion from the *PSSRA* is not the decisive factor.

Indeed, it is hard to imagine how purposefully endorsing the use of unfair labour practices by RCMP management could have anything other than a detrimental effect upon the loyalty of RCMP members to their superiors. To the extent that members perceive their employer as actively opposed to their socio-economic interests, it is reasonable to expect an increase in employee dissatisfaction over time, all other things being equal. It seems strange to think that inequality between employees and their employers, and unfair practices by management, could be looked to as an effective means of maintaining an employee's allegiance to the institution in which he or she works.

The evidence before the Court regarding labour unrest by police forces in Canada and in other industrialized countries reveals that the factors which determine the stability of a particular police force and the likelihood of its members to strike are numerous and complex. Among other factors, the integrity of a police force appears to be largely determined by informal and express codes of conduct within the force, and by the broader political and economic culture in which the police force is

à cet égard est de ralentir le rythme auquel ils ont acquis cette double allégeance.

Si les membres de la GRC éprouvent depuis de nombreuses années de l'hostilité envers la direction sans qu'il n'y ait eu de grave conflit de travail, il doit vraisemblablement y avoir des facteurs supplémentaires, outre leur exclusion du régime de la *LRTFP*, qui contribuent à la stabilité de la Gendarmerie. L'un de ces facteurs est probablement la structure quasi militaire de la Gendarmerie de même que les peines importantes infligées aux membres qui contreviennent au code de déontologie. Un autre facteur plus important est le sens aigu de l'honneur que les membres de la GRC doivent avoir en se conformant à la loi tout en luttant avec ardeur pour qu'elle soit modifiée. Peu importe la combinaison de facteurs qui a contribué à la stabilité de la GRC au cours du présent siècle, il est certain que l'exclusion du régime de la *LRTFP* n'est pas l'élément déterminant.

En fait, il est difficile d'imaginer comment l'approbation délibérée des pratiques déloyales de travail de la direction de la GRC pourrait avoir autre chose qu'un effet néfaste sur la loyauté des membres de la GRC envers leurs supérieurs. Toutes autres choses étant par ailleurs égales, si les membres ont l'impression que leur employeur s'oppose activement à leurs intérêts socio-économique, il est raisonnable de s'attendre à une augmentation de leur mécontentement au fil du temps. Il semble étrange de penser que l'inégalité entre les employés et leur employeur et les pratiques déloyales de la direction peuvent être considérées comme un moyen efficace de maintenir l'allégeance d'un employé à l'institution pour laquelle il travaille.

La preuve soumise à la Cour relativement aux conflits de travail de corps policiers au Canada et dans d'autres pays industrialisés révèle que les facteurs qui déterminent la stabilité d'un corps policier donné et la probabilité d'une grève de ses membres sont nombreux et complexes. Notamment, l'intégrité d'un corps policier paraît dépendre en grande partie des règles de conduite informelles et explicites qui régissent le corps policier en question et de la culture politique et écono-

136

137

138

situated. In particular, as suggested in some of the material presented by the respondent, an important determining factor in police force stability is the manner in which members of the force are treated by management and by the state: see, e.g., Clark, *supra*. To the extent that grievances and inequities are dealt with promptly and fairly, members of the force are far less likely to mobilize in protest.

139 In light of the foregoing, it is our opinion that the valid objective of securing a stable and reliable RCMP can be achieved through a legislative mechanism that is less restrictive of free association than the existing complete exclusion from the *PSSRA*. The current law is not carefully tailored to balance the *Charter* freedoms of RCMP members and the societal interest in effective policing. Rather, para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* is, to borrow the language of Bastarache J. in *Thomson Newspapers, supra*, at para. 111, a very crude instrument. It seeks to achieve the legitimate objective of minimizing labour unrest within the RCMP through the overbroad and ineffective mechanism of totally excluding RCMP members from even the most basic associational protections. The result is a denial of freedom of association in some of its most socially significant manifestations.

140 The same government policy could be achieved through a statutory approach that is not nearly as restrictive of basic *Charter* freedoms, by limiting the ability of RCMP members to bargain collectively. The solution in most jurisdictions has been to prohibit striking and to require employment disputes be subject to some form of binding arbitration. It is not possible or appropriate in these reasons to provide precise guidance as to the most desirable or constitutionally acceptable manner of structuring a labour relations statute that would apply to members of the RCMP. It will have to be left to another day to decide whether any balance subsequently struck by Parliament among the

mique générale dans laquelle il baigne. En particulier, comme l'indiquent certains documents présentés par l'intimé, un élément décisif important qui influe sur la stabilité d'un corps policier est la manière dont ses membres sont traités par la direction et par l'État: voir, par exemple, Clark, *loc. cit.* Dans la mesure où les griefs et les injustices sont réglés rapidement et équitablement, les membres du corps policier en question risquent beaucoup moins de se mobiliser pour protester.

À la lumière de ce qui précède, nous estimons que l'objectif valide du maintien d'une GRC stable et fiable peut être atteint au moyen d'un mécanisme législatif qui restreint moins la liberté d'association que l'exclusion totale actuelle du régime de la *LRTFP*. La loi actuelle n'est pas soigneusement adaptée pour établir un équilibre entre les libertés que la *Charte* garantit aux membres de la GRC et l'intérêt qu'a la société à disposer d'un service de police efficace. L'alinéa e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* constitue plutôt un instrument très grossier, pour reprendre les termes du juge Bastarache dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, au par. 111. Il tend à réaliser l'objectif légitime de réduire au minimum les conflits de travail au sein de la GRC au moyen du mécanisme trop large et inefficace de l'exclusion totale des membres de la GRC même des protections les plus fondamentales en matière d'association. Il en résulte une négation de la liberté d'association sous certaines de ses formes les plus importantes dans la société.

La même politique gouvernementale pourrait être mise en œuvre au moyen d'une approche législative qui ne restreindrait pas autant les libertés fondamentales garanties par la *Charte*, en limitant la capacité des membres de la GRC de négocier collectivement. Dans la plupart des ressorts, la solution a consisté à interdire la grève et à assujettir les différends de travail à une forme d'arbitrage obligatoire. Dans les présents motifs, il n'est ni possible ni opportun de donner des indications précises sur la manière la plus souhaitable ou la plus acceptable sur le plan constitutionnel de concevoir une loi en matière de relations du travail qui s'appliquerait aux membres de la GRC. La

interests of RCMP members, RCMP management, and the Canadian public does in fact accord with the *Charter*. The key point for the purpose of this case is that the freedom of employees to join an association of their choice is of such fundamental importance that it should not be as lightly set aside as it has been here.

By sanctioning the freedom of RCMP members to form an association or union, Parliament would be following the example set by provincial legislatures across Canada and in many comparable foreign jurisdictions. Parliament would be acting in a manner that is consistent with Canada's international commitment to protect freedom of association.

In this regard, it is useful to consider the situation in the United States, where rights of employees, including police employees, to organize and join unions are fundamental rights that are accorded protection under the Constitution. See *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33, and *Amalgamated Utility Workers (C.I.O.) v. Consolidated Edison Co. of New York*, 309 U.S. 261 (1940), at pp. 263-64. The right of employees to associate has been described in these words:

The right of laborers to organize unions has been held to be an exercise of the common-law right of every citizen to pursue his calling, whether of labor or business, as he in his judgment thinks fit.

The right to assemble and function through labor organizations is a concomitant of the right of assembly guaranteed by the First Amendment. . . .

(*Corpus Juris Secundum*, vol. 51, at p. 670.)

Provisions that restrict the right of individuals to join a trade union are therefore unconstitutional. It must be remembered that although the First Amendment provides constitutional protection for peaceful assembly, there is nothing analogous to s. 1 of the *Charter* in the Constitution of the United States. Therefore any limitation to the

question de savoir si l'équilibre que le législateur aura établi par la suite entre les intérêts des membres de la GRC, ceux de la direction de la GRC et ceux du public canadien est effectivement conforme à la *Charte* devra être tranchée à une autre occasion. Pour les fins de la présente affaire, l'essentiel est que la liberté des employés d'adhérer à l'association de leur choix a une importance si fondamentale qu'elle ne devrait pas être écartée aussi à la légère qu'elle l'a été en l'espèce.

En sanctionnant la liberté des membres de la GRC de former une association ou un syndicat, le Parlement suivrait l'exemple donné par les législatures provinciales au Canada et par plusieurs ressorts étrangers comparables. Il agirait d'une manière conforme à l'engagement international du Canada de protéger la liberté d'association.

À cet égard, il est utile d'examiner la situation aux États-Unis, où les droits des employés, y compris les policiers, de former des syndicats et d'y adhérer sont des droits fondamentaux protégés par la Constitution. Voir *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), à la p. 33, et *Amalgamated Utility Workers (C.I.O.) c. Consolidated Edison Co. of New York*, 309 U.S. 261 (1940), aux pp. 263 et 264. Le droit des employés de s'associer a été décrit en ces termes:

[TRADUCTION] Le droit des travailleurs de former des syndicats a été considéré comme un exercice du droit que la common law reconnaît à chaque citoyen d'exercer son métier, que ce soit sur le marché du travail ou dans le monde des affaires, comme il le juge bon.

Le droit de s'assembler et d'œuvrer par l'entremise d'organisations syndicales est concomitant du droit d'assemblée garanti par le Premier amendement . . .

(*Corpus Juris Secundum*, vol. 51, à la p. 670.)

Les dispositions qui restreignent le droit des individus d'adhérer à un syndicat sont donc inconstitutionnelles. Il faut se rappeler que, même si le Premier amendement protège le droit d'assemblée paisible, la Constitution des États-Unis ne contient aucune disposition analogue à l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, toute restriction de la

141

142

scope of the First Amendment guarantees must be derived from the wording of the relevant portion of that Amendment.

143 In *Thomas v. Collins*, 323 U.S. 516 (1945), the Supreme Court recognized that the First Amendment protected the right to be free to join a trade union. A statute of Texas required labour organizers to register with the state official before soliciting memberships in labour unions. While a court order restraining the appellant, a labour organizer, from violating the statute was in effect, he made a speech to a group of workers, urging them to join a union. He was sentenced to a fine and imprisonment for contempt. The Supreme Court held that the statute imposed a restraint upon the appellant's rights of free speech and free assembly in violation of the First and Fourteenth Amendments.

144 In *Atkins v. City of Charlotte*, *supra*, the City of Charlotte was opposed to the idea of its firemen being part of a labour union, and argued that fire departments are quasi-military in structure and that firemen must be ready to respond instantly and without question to orders of a superior. The District Court accepted that there was indeed a valid state interest at stake but held that it could be served by legislation more narrowly drawn. It was recognized that the right to join a national labour organization was protected under the First and Fourteenth Amendments. At the same time it was found that the right to bargain collectively was not similarly protected. Specifically, it was held that North Carolina statutes prohibiting government employees from becoming members of national labour organizations were unconstitutional. However a statute prohibiting collective bargaining agreements between governmental units and labour organizations did not violate the Constitution. At p. 1077 it was said:

... that the firemen of the City of Charlotte are granted the right of free association by the First and Fourteenth Amendments of the United States Constitution; that that

portée des garanties du Premier amendement doit nécessairement découler de la formulation de la partie pertinente de cet amendement.

Dans *Thomas c. Collins*, 323 U.S. 516 (1945), la Cour suprême a reconnu que le Premier amendement protégeait la liberté d'adhérer à un syndicat. Une loi du Texas obligeait les propagandistes syndicaux à s'inscrire auprès du représentant de l'État avant de solliciter l'adhésion d'employés à un syndicat. Même s'il était sous le coup d'une ordonnance judiciaire lui interdisant de contrevenir à cette loi, l'appelant, un propagandiste syndical, a prononcé un discours devant un groupe de travailleurs, dans lequel il les pressait d'adhérer à un syndicat. Il a été condamné à une amende et à une peine d'emprisonnement pour outrage au tribunal. La Cour suprême a conclu que la loi en cause restreignait les libertés d'expression et d'assemblée de l'appelant, contrairement aux Premier et Quatorzième amendements.

Dans *Atkins c. City of Charlotte*, précité, la ville de Charlotte s'opposait à ce que ses pompiers fassent partie d'un syndicat, et faisait valoir que les services de lutte contre les incendies avaient une structure quasi militaire et que les pompiers devaient être prêts à obéir sur-le-champ et sans discuter aux ordres d'un supérieur. La District Court a convenu qu'un intérêt valide de l'État était effectivement en jeu, mais elle a conclu que cet intérêt pourrait être servi par une loi de portée moins large. Il a été reconnu que le droit d'adhérer à une organisation syndicale nationale était protégé par les Premier et Quatorzième amendements. En même temps, il a été conclu que le droit de négocier collectivement ne bénéficiait pas de la même protection. En particulier, il a été statué que les lois de la Caroline du Nord qui interdisaient aux fonctionnaires d'adhérer à des organisations syndicales nationales étaient inconstitutionnelles. Toutefois, une loi interdisant la signature de conventions collectives par un organisme gouvernemental et une organisation syndicale ne violait pas la Constitution. Il a été dit, à la p. 1077:

[TRADUCTION]... que les Premier et Quatorzième amendements de la Constitution des États-Unis accordent la liberté d'association aux pompiers de la ville de

right of association includes the right to form and join a labor union — whether local or national; that membership in such a labor organization will confer upon the firemen no immunity from proper state regulation to protect valid state interests which are, in this case, the protection of property and life from destruction by fire. We think such a conclusion flows inevitably from the enunciations of the United States Supreme Court set out above.

Finally in *Lontine v. VanCleave*, 483 F.2d 966 (10th Cir. 1973), an action was brought against a county sheriff by a deputy sheriff who was dismissed because of his membership in a policemen's union. Following the reasoning of *Atkins v. City of Charlotte*, *supra*, the Court of Appeal held that sheriff's deputies have a First Amendment right to participate and retain membership in a union. However, it went on to observe that the sheriff might not be required to bargain collectively with such a union. Further it noted that appropriate and clearly defined legislation may validly prohibit strikes, slowdowns, and the like on the part of public employees whether members of a union or not.

The principle that legislation can impose restrictions upon police associations in the interests of national security has also found expression in the legislation of many states, including Virginia, Michigan, New York, California, and Texas, to name just a few. See respectively Va. Code Ann. § 40.1-57.2 (Michie 1994); Mich. Stat. Ann. § 17.455(2) (Supp. 1999); N.Y. Civil Service Law § 200 (Consol. 1995); Cal. Gov't Code § 3508 (West 1995), and Tex. Loc. Gov't Code Ann. §§ 143.303, 174.002 (West Supp. 1999).

These comparisons are of interest to the extent that they demonstrate that conceptually a clear distinction can be drawn between provisions whose purpose is to keep employees from forming and joining an employee association and those which limit collective bargaining. Furthermore, they emphasize the fundamental value of employee

Charlotte, que ce droit d'association comprend le droit de former un syndicat et d'y adhérer, peu importe que celui-ci soit local ou national, que l'appartenance à une telle organisation syndicale ne confère aux pompiers aucune immunité contre la réglementation étatique nécessaire pour protéger les intérêts valides de l'État qui sont, dans la présente affaire, la protection de la vie et des biens contre le feu. Nous pensons que cette conclusion découle inévitablement des énoncés de la Cour suprême des États-Unis mentionnés précédemment.

Enfin, dans *Lontine c. VanCleave*, 483 F.2d 966 (10th Cir. 1973), une action a été intentée contre un shérif de comté par un shérif adjoint qui avait été congédié en raison de son appartenance à un syndicat de policiers. Adoptant le raisonnement suivi dans *Atkins c. City of Charlotte*, précité, la Cour d'appel a conclu que les shérifs adjoints ont, en vertu du Premier amendement, le droit d'appartenir à un syndicat et de participer à ses activités. Elle a toutefois ajouté que le shérif n'était pas nécessairement tenu de négocier collectivement avec un tel syndicat. En outre, elle a souligné qu'une mesure législative appropriée et bien définie peut valablement interdire les grèves, ralentissements de travail et autres activités du genre de fonctionnaires, peu importe que ceux-ci soient syndiqués ou non.

Le principe voulant qu'une mesure législative puisse imposer des restrictions aux associations de policiers pour des raisons de sécurité nationale se reflète également dans les lois de nombreux États, dont la Virginie, le Michigan, New York, la Californie et le Texas, pour n'en nommer que quelques-uns. Voir, respectivement, Va. Code Ann. § 40.1-57.2 (Michie 1994), Mich. Stat. Ann. § 17.455(2) (Supp. 1999), N.Y. Civil Service Law § 200 (Consol. 1995), Cal. Gov't Code § 3508 (West 1995), et Tex. Loc. Gov't Code Ann. §§ 143.303, 174.002 (West Supp. 1999).

Ces comparaisons sont intéressantes dans la mesure où elles démontrent que, sur le plan conceptuel, il est possible d'établir une distinction claire entre les dispositions qui visent à empêcher des employés de former une association d'employés et d'y adhérer et celles qui restreignent la négociation collective. En outre, elles font ressortir

145

146

147

organizations in the context of labour relations and support the view that such organizations do not exist for the sole purpose of entering into collective bargaining.

(c) *Deleterious and Salutory Effects*

148

Having found that the impugned para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* does not minimally impair the appellant's freedom of association, it is not necessary to consider the proportionality between the importance of the objective and the deleterious effects of the measure, or between the deleterious and salutary effects. We would note, though, that it is unlikely that the provision would be found proportionate at this stage of the inquiry. The exclusion of RCMP members from the *PSSRA*'s basic associational protections has few, if any, demonstrable salutary effects which could not be achieved by a lesser exclusion. Its negative effects, on both a symbolic level and a practical level, are severe and cut to the core of the *Charter*'s s. 2(d) protection.

C. *Remedy*

149

Once again it must be emphasized that the appellant has not sought to establish that he has the right to join a certified trade union or the right to engage in collective bargaining. Rather, he simply seeks to bring an end to the interference sanctioned by the impugned legislation in relation to basic associational efforts by RCMP members. In our view, the only appropriate remedy in this case is to strike down para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* as being contrary to the *Charter* and thus of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In light of the importance of ensuring that members of the RCMP are not permitted to strike, we would also suspend the declaration of para. (e)'s invalidity for one year, to allow amending legislation to be passed if Parliament sees fit to do so. We note that the rem-

la valeur fondamentale des associations d'employés dans le contexte des relations du travail, et étaient le point de vue selon lequel ces organisations n'existent pas aux seules fins d'engager des négociations collectives.

c) *Les effets préjudiciables et les effets bénéfiques*

Puisque nous avons conclu que l'al. e) contesté de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* ne porte pas atteinte de façon minimale à la liberté d'association de l'appelant, il n'est pas nécessaire d'étudier la proportionnalité entre l'importance de l'objectif et les effets préjudiciables de la mesure, ou encore entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques. Nous tenons cependant à faire remarquer que la disposition ne serait probablement pas jugée proportionnelle à cette étape de l'examen. L'exclusion des membres de la GRC de l'application des protections fondamentales en matière d'association que confère la *LRTFP* a peu ou n'a pas d'effets bénéfiques démontrables qui ne pourraient pas exister au moyen d'une exclusion moins draconienne. Ses effets négatifs, tant sur le plan symbolique que sur le plan concret, sont graves et touchent au cœur même de la protection conférée par l'al. 2d) de la *Charte*.

C. *La réparation*

Là encore, il faut souligner que l'appelant n'a pas cherché à établir qu'il avait le droit d'adhérer à un syndicat accrédité ou encore le droit de négocier collectivement. Au contraire, il tente simplement de mettre fin à l'ingérence, sanctionnée par la mesure législative contestée, dans les tentatives des membres de la GRC d'exercer des droits fondamentaux en matière d'association. À notre avis, la seule réparation appropriée en l'espèce consiste à déclarer invalide l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP*, pour le motif qu'il est contraire à la *Charte* et qu'il est donc inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Compte tenu de l'importance de s'assurer que les membres de la GRC ne puissent pas faire la grève, nous sommes également d'avis de suspendre pour un an la déclaration

edy of striking down is the remedy sought by the appellant, albeit without a suspension of the declaration of invalidity.

It is useful to be clear, though, as to why no other remedy is appropriate. In particular, it could be argued that the appropriate remedy is to permit members of the RCMP to be “employees” capable of forming an “employee organization” that receives basic associational protections under ss. 6, 8 and 9 of the *PSSRA*, but to forbid any RCMP employee organization from obtaining union certification so as to engage in collective bargaining. The effect of such a ruling would be that RCMP members would receive the protections accorded by the *PSSRA* to all individual employees and to uncertified employee organizations, but would not receive the protections accorded specifically to an organization that has been certified as a bargaining agent for the purposes of the *PSSRA*. Given that the Act could accommodate such an arrangement, and that the appellant has not argued in favour of collective bargaining rights, it might seem fitting to amend the *PSSRA* judicially to protect the appellant’s freedom to associate in this way.

However, leaving aside altogether the question of whether it is appropriate or feasible for a court to amend legislation in such a detailed manner, we feel that there is another reason why this form of reading in would be an inappropriate remedy. The Court has been asked in this case to rule upon whether the impugned para. (e) is unconstitutional because of its anti-associational purpose. We have found that the exclusion of RCMP members from the basic associational protections in the *PSSRA* does have this purpose and violates the *Charter*, yet because of the manner in which the appellant has articulated his claim we have done so without being required to decide whether a *Charter* violation results from the total exclusion of RCMP members from the *PSSRA*’s collective bargaining regime. As explained by Sopinka J. in *PIPSC*,

d’invalidité de l’al. e) afin de permettre au Parlement d’adopter une loi modificative s’il le juge nécessaire. Nous soulignons que la déclaration d’invalidité était la réparation sollicitée par l’appellant, quoiqu’il n’en ait pas demandé la suspension.

Il est cependant utile de clarifier pourquoi aucune autre réparation ne convient. Notamment, on pourrait prétendre que la réparation appropriée consiste à permettre aux membres de la GRC d’être des «fonctionnaires» capables de former une «organisation syndicale» bénéficiant des protections fondamentales en matière d’association prévues aux art. 6, 8 et 9 de la *LRTFP*, et à interdire à toute organisation syndicale composée de membres de la GRC d’obtenir l’accréditation syndicale de manière à pouvoir négocier collectivement. Une telle décision ferait en sorte que les membres de la GRC bénéficieraient des protections accordées par la *LRTFP* à tous les fonctionnaires et aux organisations syndicales non accréditées, sans toutefois bénéficier des protections accordées expressément à une organisation accréditée en tant qu’agent négociateur pour les fins de la *LRTFP*. Étant donné que la loi se prête à une telle mesure et que l’appellant n’a pas plaidé en faveur de l’attribution des droits à la négociation collective, il pourrait sembler approprié de modifier judiciairement la *LRTFP* afin de protéger ainsi la liberté d’association de l’appellant.

Toutefois, abstraction faite de la question de savoir s’il est opportun ou possible qu’une cour modifie une mesure législative d’une façon aussi détaillée, nous estimons qu’il y a une autre raison pour laquelle cette forme d’interprétation ne constituerait pas une réparation appropriée. En l’espèce, on a demandé à la Cour de décider si l’al. e) contesté est inconstitutionnel en raison de son objectif d’empêcher la formation d’associations. Nous avons conclu que l’exclusion des membres de la GRC de l’application des protections fondamentales en matière d’association contenues dans la *LRTFP* vise effectivement cet objectif et viole la *Charte*, mais, en raison de la manière dont l’appellant a formulé sa demande, nous l’avons fait sans avoir à décider si l’exclusion totale des membres de la GRC du régime de négo-

150

151

*supra*, at p. 405, it may be that such a total exclusion could interfere with the ability of employees to associate, and thus infringe the *Charter's* freedom of association guarantee. We do not believe that it is appropriate to decide, at the remedy stage of the analysis, whether it is constitutionally permissible to exclude RCMP members entirely from a collective bargaining regime. Moreover, we do not wish to prejudge the question of whether Parliament may wish to extend limited collective bargaining rights to RCMP members. We would note, too, that there are questions as to the proper method of enforcing the rights granted by ss. 6, 8 and 9 of the *PSSRA*, that are best left to be answered by the legislative branch. Accordingly, we would strike down para. (e).

## VII. Conclusions and Disposition

152 For the reasons outlined herein, the appeal is allowed with costs. The judgment of the Quebec Court of Appeal is set aside. We conclude that para. (e) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* infringes s. 2(d) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. Paragraph (e) is hereby declared of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The declaration of invalidity is suspended for one year.

153 We would answer the constitutional questions as follows:

- (1) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the *Canada Labour Code* and para. (e) of the definition of "employee" at s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* infringe or deny the appellant's freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

- (2) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the *Canada Labour Code* and para. (e) of the definition of "employee" at s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* infringe or deny the appellant's freedom of associa-

tion collective établi par la *LRTFP* entraîne une violation de la *Charte*. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *IPFPC*, précité, à la p. 405, il se peut qu'une telle exclusion totale empêche les employés de s'associer et qu'elle porte ainsi atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*. Nous ne croyons pas que, à l'étape de l'analyse de la réparation, il soit opportun de déterminer si la Constitution permet l'exclusion totale des membres de la GRC d'un régime de négociation collective. Nous ne voulons pas non plus préjuger de la question de savoir si le législateur peut vouloir accorder aux membres de la GRC des droits restreints à la négociation collective. Nous tenons aussi à faire remarquer que la bonne façon de mettre à exécution les droits accordés par les art. 6, 8 et 9 de la *LRTFP* soulève des questions qu'il appartient davantage au pouvoir législatif de trancher. En conséquence, nous sommes d'avis de déclarer invalide l'al. e).

## VII. Conclusions et dispositif

Pour les motifs exposés aux présentes, le pourvoi est accueilli avec dépens. L'arrêt de la Cour d'appel du Québec est annulé. Nous concluons que l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* viole l'al. 2d) de la *Charte* et qu'il ne peut pas être sauvegardé en vertu de l'article premier. L'alinéa e) est par les présentes déclaré inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La déclaration d'invalidité est suspendue pour un an.

Nous sommes d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

- (1) L'article 6 (auparavant le par. 109(4)) du *Code canadien du travail* et l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* portent-ils atteinte à la liberté d'expression garantie à l'appelant par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

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

- (2) L'article 6 (auparavant le par. 109(4)) du *Code canadien du travail* et l'al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l'art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* por-

tion guaranteed in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: With respect to s. 6 of the *Canada Labour Code*, it is not necessary to answer this question. With respect to the definition of “employee” at para. (e) of s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act*, yes.

(3) Do s. 6 (formerly 109(4)) of the *Canada Labour Code* and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* infringe upon the appellant’s equality rights guaranteed in s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

(4) If the answer to questions 1, 2, or 3 is in the affirmative, can s. 6 (formerly 109(4)) of the *Canada Labour Code* and para. (e) of the definition of “employee” at s. 2 of the *Public Service Staff Relations Act* be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

*Appeal dismissed, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: James R. K. Duggan, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Côté & Ouellet, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Police Association: Grey, Casgrain, Montréal.*

tent-ils atteinte à la liberté d’association garantie à l’appelant par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: En ce qui concerne l’art. 6 du *Code canadien du travail*, il n’est pas nécessaire de répondre à cette question. Quant à l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, la réponse est affirmative.

(3) L’article 6 (auparavant le par. 109(4)) du *Code canadien du travail* et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* portent-ils atteinte aux droits à l’égalité garantis à l’appelant par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

(4) En cas de réponse affirmative aux première, deuxième ou troisième questions, l’art. 6 (auparavant le par. 109(4)) du *Code canadien du travail* et l’al. e) de la définition de «fonctionnaire» figurant à l’art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* peuvent-ils être justifiés au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

*Pourvoi rejeté, les juges CORY et IACOBUCCI sont dissidents.*

*Procureur de l’appelant: James R. K. Duggan, Montréal.*

*Procureurs de l’intimé: Côté & Ouellet, Montréal.*

*Procureurs de l’intervenante l’Alliance de la Fonction publique du Canada: Raven, Allen, Cameron & Ballantyne, Ottawa.*

*Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des policiers: Grey, Casgrain, Montréal.*

*Solicitors for the interveners the Ontario Teachers' Federation and the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs des intervenants la Fédération des enseignantes et des enseignants de l'Ontario et le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

**United Food and Commercial Workers,  
Local 1518** *Appellant*

v.

**KMart Canada Ltd. and the Labour  
Relations Board of British  
Columbia** *Respondents*

and

**The Attorney General of British Columbia,  
the Canadian Labour Congress, the  
Canadian Civil Liberties Association, the  
Retail Council of Canada, the Coalition of  
B.C. Businesses and Pepsi-Cola Canada  
Beverages (West) Ltd.** *Interveners*

**INDEXED AS: U.F.C.W., LOCAL 1518 v. KMART CANADA  
LTD.**

File No.: 26209.

1999: February 15, 16; 1999: September 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Union members distributing leaflets at secondary sites during labour dispute — Provincial labour relations code prohibiting picketing at secondary sites — Picketing defined broadly so as to include leafleting — Whether definition of picketing infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, c. 82, ss. 1(1), 65, 67.*

*Labour law — Labour disputes — Picketing — Leafleting — Union members distributing leaflets at secondary sites during labour dispute — Provincial labour relations code prohibiting picketing at secondary sites — Picketing defined broadly so as to include*

**Travailleurs et travailleuses unis de  
l'alimentation et du commerce, section  
locale 1518** *Appelant*

c.

**KMart Canada Ltd. et le Labour Relations  
Board de la Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Le procureur général de la Colombie-  
Britannique, le Congrès du travail du  
Canada, l'Association canadienne des  
libertés civiles, le Conseil canadien du  
commerce de détail, la Coalition of B.C.  
Businesses et Pepsi-Cola Canada Beverages  
(West) Ltd.** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: T.U.A.C., SECTION LOCALE 1518 c. KMART  
CANADA LTD.**

N° du greffe: 26209.

1999: 15, 16 février; 1999: 9 septembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Distribution de tracts à des lieux de travail secondaires par des membres d'un syndicat pendant un conflit de travail — Piquetage aux lieux de travail secondaires interdit par le code des relations de travail de la province — Piquetage défini en termes larges, de manière à englober la distribution de tracts — La définition de piquetage porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, ch. 82, art. 1(1), 65, 67.*

*Droit du travail — Conflits de travail — Piquetage — Distribution de tracts — Distribution de tracts à des lieux de travail secondaires par des membres d'un syndicat pendant un conflit de travail — Piquetage aux lieux de travail secondaires interdit par le code des*

*leafleting — Whether definition of picketing infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, c. 82, ss. 1(1), 65, 67.*

During a labour dispute with two KMart stores, members of the appellant union distributed leaflets at other KMart stores (the “secondary sites”). They handed out two types of leaflet, describing KMart’s alleged unfair practices and urging customers to shop elsewhere. The distribution of leaflets did not interfere with employees at the secondary sites nor was there any indication that it interfered with the delivery of supplies. The activity was carried out peacefully and it did not impede public access to the stores. Neither was there any evidence of verbal or physical intimidation. The evidence did indicate that as a result of the distribution of leaflets some customers appeared confused and a small number appeared to turn away. The Industrial Relations Council (which became the Labour Relations Board) ordered the union to refrain from picketing at the secondary sites. In written reasons for the order the Board rejected the union’s argument that the statutory definition of “picketing” was unconstitutional and should be read down to exclude leafleting in light of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The union applied for a reconsideration of the decision. While the Board dismissed the application, because the labour dispute had been settled and become moot, it concluded that the restriction of secondary picketing in the *Labour Relations Code* was overly broad. The British Columbia Supreme Court dismissed the union’s application for judicial review of the Board’s reconsideration decision, and a subsequent appeal to the Court of Appeal was dismissed. At issue here was whether the definition of picketing in the Code infringes s. 2(b) of the *Charter* and, if so, whether the infringement is justifiable under s. 1.

*Held:* The appeal should be allowed.

The importance of work for individuals has been consistently recognized and stressed. A person’s employ-

*relations de travail de la province — Piquetage défini en termes larges, de manière à englober la distribution de tracts — La définition de piquetage porte-t-elle atteinte à la liberté d’expression? — Dans l’affirmative, l’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, ch. 82, art. 1(1), 65, 67.*

Au cours d’un conflit de travail avec deux magasins KMart, des membres du syndicat appelant ont distribué des tracts à d’autres magasins KMart (les «lieux de travail secondaires»). Ils distribuaient deux types de tracts décrivant les pratiques déloyales reprochées à KMart et invitant les clients à faire leurs achats ailleurs. La distribution de tracts n’a pas empêché les employés des lieux de travail secondaires de travailler et rien n’indique qu’elle ait nui à la livraison des marchandises. Elle s’est déroulée paisiblement et n’a pas gêné l’accès du public aux magasins. De plus, il n’y a aucune preuve qu’il y ait eu quelque acte d’intimidation verbale ou physique. La preuve a toutefois indiqué que, en raison de la distribution des tracts, certains clients semblaient ne pas trop savoir ce qui se passait et qu’un petit nombre d’entre eux avaient semblé rebrousser chemin. L’Industrial Relations Council (qui est devenu le Labour Relations Board (la «commission»)) a ordonné au syndicat de s’abstenir de faire du piquetage aux lieux de travail secondaires. Dans ses motifs écrits de l’ordonnance, la commission a rejeté l’argument du syndicat que la définition législative de «piquetage» était inconstitutionnelle et que, compte tenu de l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle devait recevoir une interprétation atténuante pour soustraire la distribution de tracts à son champ d’application. Le syndicat a demandé le réexamen de la décision. Bien que la commission ait rejeté la demande parce que le conflit de travail avait été réglé et que la demande était devenue sans objet, elle a conclu que la restriction du piquetage secondaire prévue par le *Labour Relations Code* avait une portée trop large. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par le syndicat contre la décision de la commission relativement à la demande de réexamen, et l’appel à la Cour d’appel du rejet de la demande de contrôle a lui aussi été rejeté. Les questions en litige en l’espèce étaient de savoir si la définition de piquetage prévue par le Code portait atteinte à l’al. 2b) de la *Charte* et, dans l’affirmative, si l’atteinte pouvait se justifier au regard de l’article premier.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

L’importance du travail pour les individus a constamment été reconnue et soulignée. L’emploi est une com-

ment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. As well, the vulnerability of individual employees, particularly retail workers, and their inherent inequality in their relationship with management has been recognized. It follows that workers, particularly those who are vulnerable, must be able to speak freely on matters that relate to their working conditions. The fundamental freedom to speak about matters that relate to working conditions is explicitly recognized in s. 64 of the *Labour Relations Code*, which provides that a trade union and its members are free to communicate information to the public with regard to a labour dispute, except in a manner which may constitute picketing. The distribution and circulation of leaflets has for centuries been recognized as an effective and economical method of both providing information and assisting rational persuasion.

The definition of "picketing" contained in s. 1(1) of the Code is overly broad and infringes the guarantee of freedom of expression contained in s. 2(b) of the *Charter*. While ss. 65(3) and 67 establish the parameters of permissible and impermissible picketing, s. 1(1) defines picketing in very broad terms which undoubtedly encompass leafleting. The operation of ss. 1, 65 and 67 of the Code has, at the very least, the effect of restricting consumer leafleting and thus infringes the union's freedom of expression.

The infringement of freedom of expression cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. Consumer leafleting is very different from a picket line, which acts as a barrier and impedes public access to goods or services, employees' access to their workplace, and suppliers' access to the site of deliveries. Consumer leafleting seeks to persuade members of the public to take a certain course of action through informed and rational discourse, which is the very essence of freedom of expression. Leafleting does not have the same coercive component as a picket line, and does not in any significant manner impede access to or egress from premises. Although the enterprise which is the subject of the leaflet may experience some loss of revenue, the harmful effects that flow from leafleting do not differ from the consequences resulting from a consumer boycott campaign through permissible means.

posante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. On a également reconnu la vulnérabilité individuelle des employés, particulièrement ceux du commerce de détail, ainsi que l'inégalité intrinsèque de leurs rapports avec la direction de leur entreprise. Il s'ensuit que les travailleurs, tout particulièrement ceux qui sont vulnérables, doivent être en mesure de s'exprimer librement sur les questions touchant leurs conditions de travail. La liberté fondamentale de s'exprimer sur les questions touchant les conditions de travail est expressément reconnue par l'art. 64 du *Labour Relations Code*, qui précise que le syndicat et ses membres sont libres de communiquer de l'information au public à l'égard d'un conflit de travail, sauf si cela se fait d'une façon qui peut constituer du piquetage. Depuis des siècles, la distribution et la circulation de tracts sont reconnues comme des moyens efficaces et peu coûteux de communiquer de l'information et d'appuyer des efforts de persuasion rationnelle.

La définition de «piquetage» au par. 1(1) du Code est trop large et elle porte atteinte à la garantie de liberté d'expression prévue par l'al. 2b) de la *Charte*. Bien que le par. 65(3) et l'art. 67 établissent les paramètres du piquetage permis et du piquetage interdit, le par. 1(1) définit le piquetage en termes très larges, qui englobent indubitablement la distribution de tracts. L'application des art. 1, 65 et 67 du Code a à tout le moins pour effet de restreindre la distribution de tracts aux consommateurs, et elle porte ainsi atteinte à la liberté d'expression du syndicat.

L'atteinte à la liberté d'expression ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La distribution de tracts aux consommateurs est une activité très différente d'une ligne de piquetage, qui a l'effet d'une barrière et entrave l'accès du public aux biens ou services d'une entreprise, ainsi que l'accès des employés à leur lieu de travail et l'accès des fournisseurs aux lieux de livraison. La distribution de tracts aux consommateurs vise à persuader des membres du public d'adopter une certaine ligne de conduite au moyen d'une discussion informée et rationnelle qui constitue l'essence même de la liberté d'expression. La distribution de tracts ne comporte pas le même élément coercitif qu'une ligne de piquetage, et elle n'entrave d'aucune façon significative l'accès aux entrées ou aux sorties des lieux touchés. Quoiqu'il soit possible que l'entreprise visée par la distribution de tracts subisse une perte de revenus, les effets préjudiciables découlant de la distribution de tracts ne diffèrent pas des conséquences d'une campagne de boycottage de consommation menée à l'aide de moyens permis.

In deciding whether the consumer leafleting activity in question is acceptable, it will be important to determine whether consumers are able to determine for themselves what course of action to take without being unduly disrupted by the message of the leaflets or the manner in which it was distributed. Consumers must retain the ability to choose either to stop and read the material or to ignore the leafleter and enter the neutral site unimpeded. In this case, the leafleting conformed with the following conditions: (i) the message conveyed by the leaflet was accurate, not defamatory or otherwise unlawful, and did not entice people to commit unlawful or tortious acts; (ii) although the leafleting activity was carried out at neutral sites, the leaflet clearly stated that the dispute was with the primary employer only; (iii) the manner in which the leafleting was conducted was not coercive, intimidating, or otherwise unlawful or tortious; (iv) the activity did not involve a large number of people so as to create an atmosphere of intimidation; (v) the activity did not unduly impede access to or egress from the leafleted premises; (vi) the activity did not prevent employees of neutral sites from working and did not interfere with other contractual relations of suppliers to the neutral sites. Leafleting which complied with these conditions would normally constitute a valid exercise of freedom of expression carried out by lawful means, yet it would be prohibited by the impugned legislation.

The government sought to minimize the impact of the harmful effects of picketing on neutral third parties and the public. While a restriction on conventional picketing activity at neutral sites is rationally connected with the legislative objective, the restriction on leafleting activity is too broad. Just as in any other area where the legislature is called upon to balance competing interests on complex issues, deference should be shown to the political choices of the legislature in labour legislation. However, deference should not deter the courts from determining whether those political choices fall within constitutionally permissible parameters of reasonable alternatives. Where, as in this case, the Board applies the *Charter* in its decision, the Court must determine whether the Board's decision was correct. The impugned provisions do not limit freedom of expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. While there is no doubt that any activity which in fact impedes access to premises has the same effect as conventional picketing and therefore can be properly regulated and restricted, peaceful leafleting by a few individuals has as a general rule been accepted as a lawful means of disseminating informa-

Pour décider si la distribution de tracts aux consommateurs dont il est question en l'espèce est acceptable, il est important de déterminer si les consommateurs sont en mesure de décider par eux-mêmes de la ligne de conduite à adopter sans être indûment dérangés par le message des tracts ou par la façon dont ceux-ci sont distribués. Les consommateurs doivent conserver la faculté de choisir soit de s'arrêter et de lire le message, soit de ne pas tenir compte du tract et d'entrer sans être gênés dans les lieux neutres. En l'espèce, la distribution de tracts respectait les conditions suivantes: (i) le message communiqué par le tract était exact, non diffamatoire ni illicite, et il n'incitait pas les gens à accomplir des actes illicites ou délictueux; (ii) même si la distribution de tracts se déroulait dans des lieux neutres, le tract indiquait clairement que le conflit ne visait que l'employeur principal; (iii) l'activité s'est déroulée sans coercition, intimidation ou autre aspect illicite ou délictueux; (iv) les participants à l'activité n'étaient pas nombreux au point de créer une atmosphère d'intimidation; (v) l'activité n'a pas entravé indûment l'entrée ou la sortie des lieux visés; (vi) l'activité n'a ni empêché les employés d'établissements neutres de travailler ni perturbé d'autres relations contractuelles avec les fournisseurs des établissements neutres. Une distribution de tracts respectant ces conditions constituerait normalement un exercice valide de la liberté d'expression par des moyens licites, mais elle serait pourtant interdite par les mesures législatives attaquées.

Le gouvernement a tenté de réduire au minimum l'incidence des effets préjudiciables du piquetage sur les tiers neutres et sur le public. Même si la restriction visant les activités de piquetage classique aux lieux neutres a un lien rationnel avec l'objectif législatif, la restriction visant la distribution de tracts a une portée trop large. Comme dans tout autre domaine où le législateur est appelé à établir un équilibre entre des intérêts opposés sur des questions complexes, il y a lieu de faire montre de retenue à l'égard des choix politiques arrêtés par le législateur en matière de législation du travail. Cette retenue ne devrait toutefois pas empêcher les tribunaux de déterminer si ces choix politiques respectent les paramètres constitutionnellement acceptables des solutions de rechange raisonnables. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la commission applique la *Charte* dans sa décision, la Cour doit décider si la décision de la commission était correcte. Les dispositions contestées ne restreignent pas la liberté d'expression aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire en vue de la réalisation de l'objectif législatif. Bien qu'il ne fasse aucun doute que toute activité qui entrave dans les faits l'accès aux lieux a le même effet que le pique-

tion. The suggestion that today's consumers will be intimidated by the mere sight of a few individuals distributing leaflets at the entrance to a shopping mall is not convincing. Sections 1, 65 and 67 of the Code operate as a blanket prohibition on any persuasive activity by striking or locked out employees at neutral sites. A total prohibition is clearly not carefully tailored to the objective of minimizing the harmful effects to third parties which would result from others impeding access to premises or encouraging employees to break their contract of employment. The definition of "picketing" in s. 1(1) of the Code is struck down and the declaration of invalidity is suspended for six months.

#### Cases Cited

**Distinguished:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; **referred to:** *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200; *Canada Safeway Ltd. v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213* (1987), 16 C.L.R.B.R.

tage classique et, de ce fait, peut à bon droit être réglementée et restreinte, la distribution pacifique de tracts par un petit nombre de personnes est, en règle générale, considérée comme un moyen légal de communiquer de l'information. L'argument selon lequel les consommateurs d'aujourd'hui seront intimidés s'ils voient quelques personnes distribuer des tracts à l'entrée d'un centre commercial n'est pas convaincant. Les articles 1, 65 et 67 du Code ont pour effet d'interdire totalement aux employés en grève ou en lock-out d'exercer toute activité persuasive à des sites neutres. Il est clair qu'une telle interdiction n'est pas soigneusement adaptée à l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets préjudiciables qu'entraînerait pour des tiers parties la présence de personnes entravant l'accès à leurs établissements ou encourageant leurs employés à ne pas respecter leur contrat de travail. La définition de «picketage» au par. 1(1) du Code est déclarée invalide et cette déclaration d'invalidité est suspendue pendant six mois.

#### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; **arrêts mentionnés:** *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200; *Canada Safeway Ltd. c. International Brotherhood of Electrical*

(N.S.) 1; *Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988); *Babbitt, Governor of Arizona v. United Farm Workers National Union*, 442 U.S. 289 (1979); *NLRB v. Retail Store Employees Union, Local 1001*, 447 U.S. 607 (1980); *Bakery Drivers Local 802 v. Wohl*, 315 U.S. 769 (1942); *Hughes v. Superior Court of California for Contra Costa County*, 339 U.S. 460 (1950); *International Brotherhood of Teamsters, Local 695 v. Vogt, Inc.*, 354 U.S. 284 (1957); *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 432; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212 [am. 1987, c. 24, s. 1], ss. 85, 88.  
*Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, c. 82, ss. 1(1) "picket", "picketing", 2(1), 64, 65(3), (7), 67.

### Authors Cited

British Columbia. *Debates of the Legislative Assembly*, June 10, 1987, p. 1695.  
 Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.  
 Manwaring, J. A. "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 413.  
 Weiler, Joseph M. "The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter". In Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a*

*Workers, Local 213* (1987), 16 C.L.R.B.R. (N.S.) 1; *Edward J. DeBartolo Corp. c. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988); *Babbitt, Governor of Arizona c. United Farm Workers National Union*, 442 U.S. 289 (1979); *NLRB c. Retail Store Employees Union, Local 1001*, 447 U.S. 607 (1980); *Bakery Drivers Local 802 c. Wohl*, 315 U.S. 769 (1942); *Hughes c. Superior Court of California for Contra Costa County*, 339 U.S. 460 (1950); *International Brotherhood of Teamsters, Local 695 c. Vogt, Inc.*, 354 U.S. 284 (1957); *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b).  
*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212 [mod. 1987, ch. 24, art. 1], art. 85, 88.  
*Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, ch. 82, art. 1(1) «picket», «picketing», 2(1), 64, 65(3), (7), 67.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

### Doctrine citée

Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.  
 Colombie-Britannique. *Debates of the Legislative Assembly*, 10 juin 1987, p. 1695.  
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.  
 Manwaring, J. A. «Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*» (1987), 19 *R.D. Ottawa* 413.  
 Weiler, Joseph M. «The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter». In Joseph M. Weiler and Robin M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a*

*Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1986, 211.  
 Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.  
 Weiler, Paul C. "The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law" (1990), 40 *U.T.L.J.* 117.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 157, 149 D.L.R. (4th) 1, 94 B.C.A.C. 299, 152 W.A.C. 299, 2 Admin. L.R. (3d) 131, [1998] 2 W.W.R. 312, 46 C.R.R. (2d) 305, 39 C.L.R.B.R. (2d) 294, 97 C.L.L.C. ¶220-087, [1997] B.C.J. No. 1629 (QL), affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162, 34 C.R.R. (2d) 114, 39 C.L.R.B.R. (2d) 264, 96 C.L.L.C. ¶210-007, [1995] B.C.J. No. 2324 (QL), dismissing the appellant's application for reconsideration of a decision of the British Columbia Labour Relations Board (1994), 24 C.L.R.B.R. (2d) 1, 95 C.L.L.C. ¶220-010. Appeal allowed.

*John Baigent*, for the appellant.

*Patrick G. Foy, Q.C.*, for the respondent KMart Canada Ltd.

*Joseph J. Arvray, Q.C.*, and *Charles Gordon*, for the respondent the Labour Relations Board of British Columbia.

*George H. Copley, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Steven M. Barrett, Frank Addario and Vanessa Payne*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*John B. Laskin and Trevor C. W. Farrow*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*John R. Sproat*, for the intervener the Retail Council of Canada.

*Andrea L. Zwack*, for the intervener the Coalition of B.C. Businesses.

*Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1986, 211.  
 Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.  
 Weiler, Paul C. «The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law» (1990), 40 *U.T.L.J.* 117.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 157, 149 D.L.R. (4th) 1, 94 B.C.A.C. 299, 152 W.A.C. 299, 2 Admin. L.R. (3d) 131, [1998] 2 W.W.R. 312, 46 C.R.R. (2d) 305, 39 C.L.R.B.R. (2d) 294, 97 C.L.L.C. ¶220-087, [1997] B.C.J. No. 1629 (QL), qui a confirmé la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162, 34 C.R.R. (2d) 114, 39 C.L.R.B.R. (2d) 264, 96 C.L.L.C. ¶210-007, [1995] B.C.J. No. 2324 (QL), qui avait rejeté la demande de réexamen présentée par l'appelante contre une décision du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique (1994), 24 C.L.R.B.R. (2d) 1, 95 C.L.L.C. ¶220-010. Pourvoi accueilli.

*John Baigent*, pour l'appelant.

*Patrick G. Foy, c.r.*, pour l'intimée KMart Canada Ltd.

*Joseph J. Arvray, c.r.*, et *Charles Gordon*, pour l'intimé le Labour Relations Board de la Colombie-Britannique.

*George H. Copley, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Steven M. Barrett, Frank Addario et Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*John B. Laskin et Trevor C. W. Farrow*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*John R. Sproat*, pour l'intervenant le Conseil canadien du commerce de détail.

*Andrea L. Zwack*, pour l'intervenante la Coalition of B.C. Businesses.

Written submissions only by *R. G. Richards, Q.C.*, for the intervener Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.

Argumentation écrite seulement par *R. G. Richards, c.r.*, pour l'intervenante Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>1</sup> CORY J. — The peaceful distribution of leaflets accurately setting out the position of employees involved in a labour dispute with their employer would ordinarily be protected by the guarantee of freedom of expression provided by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is conceded that a legislative restriction on picketing which prohibits members of a union from peacefully distributing such leaflets at separate and distinct divisions of their employer infringes s. 2(b) of the *Charter*. The question then arises, can that legislation be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

LE JUGE CORY — La distribution pacifique de tracts exposant de façon exacte la position des employés parties à un conflit de travail avec leur employeur est ordinairement protégée par la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. On a concédé qu'une restriction législative du piquetage qui a pour effet d'interdire à des syndiqués de distribuer paisiblement de tels tracts à des établissements distincts et indépendants de leur employeur viole l'al. 2b) de la *Charte*. Par conséquent, la question qui se pose est celle de savoir si cette mesure législative peut être justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*.

#### I. Factual Background

#### I. Les faits

<sup>2</sup> The respondent KMart Canada Ltd. operates several stores in British Columbia. Seven of them are located in the Lower Mainland, two in Victoria, one in Campbell River, and one in Port Alberni. The appellant is the union certified to represent employees at the Campbell River and Port Alberni stores. Those stores are the "primary employer". The union is not certified to represent employees in the Lower Mainland or Victoria stores. These stores will be referred to as the "secondary sites". During a labour dispute with the primary employer, members of the appellant union distributed leaflets at the secondary sites.

L'intimée KMart Canada Ltd. exploite plusieurs magasins en Colombie-Britannique. Sept d'entre eux se trouvent dans le Lower Mainland, deux à Victoria, un à Campbell River et un autre à Port Alberni. L'appelant est le syndicat accrédité pour représenter les employés des magasins de Campbell River et de Port Alberni. Ces établissements constituent l'«employeur principal». Le syndicat n'est pas accrédité pour représenter les employés des magasins du Lower Mainland ou de Victoria. Ces établissements seront appelés les «lieux de travail secondaires». Au cours d'un conflit de travail avec l'employeur principal, des membres du syndicat appelant ont distribué des tracts aux lieux de travail secondaires.

<sup>3</sup> The Labour Relations Board in its decision described the leafleting activity in this way. Between December 4 and 6, 1992, groups of employees ranging from two to 12 individuals representing the appellant distributed leaflets to prospective KMart customers at the secondary sites. The individuals stood from two to 20 feet from the entrance of the stores and the majority were between six and eight feet from the doors. They

Dans sa décision, le Labour Relations Board a décrit ainsi les activités de distribution de tracts. Du 4 au 6 décembre 1992, des groupes de 2 à 12 employés représentant l'appelant ont distribué des tracts à des clients potentiels de KMart aux lieux de travail secondaires. Ces employés se trouvaient à une distance de 2 à 20 pieds de l'entrée des magasins, la majorité d'entre eux se tenant à une distance de 6 à 8 pieds des portes. Ils distribuaient

handed out two types of leaflets, describing the respondent's alleged unfair practices and urging customers to shop elsewhere. The leaflets made clear that the appellant was seeking only a consumer boycott of the respondent's stores. The relevant parts of the leaflets read as follows:

**ATTENTION K-MART SHOPPERS!!!**

**DID YOU KNOW THAT:**

K-MART locked out over 140 employees, preventing them from working in their K-MART stores in Campbell River and Port Alberni in an attempt to stop the employees from attaining the basic needs within a first collective agreement.

. . . .

**U.F.C.W. LOCAL 1518, AND THE LABOUR MOVEMENT OF BRITISH COLUMBIA ARE ASKING YOU:**

**PLEASE DO NOT SPEND YOUR CHRISTMAS \$\$\$\$ AT K-MART**

**SHOP AT THEIR COMPETITOR'S STORES!!**

FOR THE PAST SIX MONTHS, OVER 140 MEMBERS OF THE UNITED FOOD AND COMMERCIAL WORKERS UNION, LOCAL 1518, HAVE BEEN ON STRIKE, AT THE K-MART STORES IN CAMPBELL RIVER AND PORT ALBERNI.

. . . .

WE ARE ASKING FOR YOUR ASSISTANCE BY BOYCOTTING THIS GIANT MULTINATIONAL CORPORATION CALLED K-MART. BY DOING SO, WE HOPE TO MOVE ONE STEP CLOSER TO ELIMINATING THE EXPLOITATION OF EMPLOYEES WHO WORK FOR K-MART AND RETURN OUR STRIKING MEMBERS BACK TO WORK WITH DIGNITY, RESPECT, AND A FAIR COLLECTIVE AGREEMENT.

BECAUSE CHRISTMAS IS THE MOST PROFITABLE TIME OF THE YEAR FOR K-MART, WE ARE ASKING YOU: PLEASE DO *NOT* SPEND YOUR CHRISTMAS DOLLARS AT K-MART!

ALL THAT THE STRIKING MEMBERS WANT FOR CHRISTMAS IS A FAIR AND DECENT COLLECTIVE AGREEMENT WITH K-MART!

deux types de tracts décrivant les pratiques déloyales reprochées à l'intimée et invitant les clients à faire leurs achats ailleurs. Les tracts indiquaient clairement que l'appelant cherchait uniquement à obtenir le boycottage des magasins de l'intimée par les consommateurs. Les passages pertinents des tracts sont ainsi libellés:

[TRADUCTION] **ATTENTION, CLIENTS DE K-MART!!!**

**SAVIEZ-VOUS QUE:**

K-MART a imposé un lock-out à plus de 140 employés, les empêchant ainsi de travailler dans leurs magasins K-MART à Campbell River et à Port Alberni, et ce dans le but d'empêcher les employés d'obtenir les avantages fondamentaux d'une première convention collective.

. . . .

**LA SECTION LOCALE 1518 DES T.U.A.C. ET LE MOUVEMENT OUVRIER DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE VOUS DEMANDENT:**

**S'IL VOUS PLAÎT, NE DÉPENSEZ PAS VOS \$\$\$\$ DE NOËL DANS LES MAGASINS K-MART.**

**FAITES VOS ACHATS CHEZ LEURS CONCURRENTS!!**

DEPUIS SIX MOIS, PLUS DE 140 MEMBRES DE LA SECTION LOCALE 1518 DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES UNIS DE L'ALIMENTATION ET DU COMMERCE SONT EN GRÈVE DANS LES MAGASINS K-MART À CAMPBELL RIVER ET À PORT ALBERNI.

. . . .

NOUS SOLLICITONS VOTRE PARTICIPATION SOUS FORME DE BOYCOTTAGE DE CETTE MULTINATIONALE GÉANTE APPELÉE K-MART. NOUS ESPÉRONS AINSI FAIRE UN PAS DE PLUS VERS L'ÉLIMINATION DE L'EXPLOITATION DES EMPLOYÉS QUI TRAVAILLENT POUR K-MART ET PERMETTRE À NOS MEMBRES EN GRÈVE DE REPRENDRE LE TRAVAIL DANS LA DIGNITÉ ET LE RESPECT, AVEC EN MAIN UNE CONVENTION COLLECTIVE ÉQUITABLE.

COMME NOËL EST LA PÉRIODE LA PLUS RENTABLE DE L'ANNÉE POUR K-MART, NOUS VOUS DEMANDONS: S'IL VOUS PLAÎT, *NE* DÉPENSEZ *PAS* VOTRE ARGENT DE NOËL CHEZ K-MART!

TOUT CE QUE NOS MEMBRES EN GRÈVE VEULENT POUR NOËL, C'EST UNE CONVENTION COLLECTIVE ÉQUITABLE ET DÉCENTE AVEC K-MART!

WE WANT TO THANK YOU FOR YOUR HELP, AND WISH YOU THE BEST THIS SEASON HAS TO OFFER.

NOUS VOUS REMERCIONS POUR VOTRE AIDE ET VOUS SOUHAITONS D'EXCELLENTE FÊTES.

4 The distribution of leaflets did not interfere with employees at the secondary sites nor was there any indication that it interfered with the delivery of supplies. The activity was carried out peacefully and it did not impede public access to the stores. Neither was there any evidence of verbal or physical intimidation. The evidence did indicate that as a result of the distribution of leaflets some customers appeared confused and a small number appeared to turn away.

La distribution de tracts n'a pas empêché les employés des lieux de travail secondaires de travailler et rien n'indique qu'elle ait nui à la livraison des marchandises. Elle s'est déroulée paisiblement et n'a pas gêné l'accès du public aux magasins. De plus, il n'y a aucune preuve qu'il y ait eu quelque acte d'intimidation verbale ou physique. La preuve a toutefois indiqué que, en raison de la distribution des tracts, certains clients semblaient ne pas trop savoir ce qui se passait et qu'un petit nombre d'entre eux ont semblé rebrousser chemin.

5 On December 8, 1992, pursuant to the *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, the respondent applied to the Industrial Relations Council to restrain the leafleting activity carried out by the members of the appellant at the secondary sites. The Industrial Relations Council found that the appellant had contravened ss. 85 and 88 of the Act and ordered it to refrain from picketing at the secondary sites.

Le 8 décembre 1992, conformément à l'*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, l'intimée a demandé au Industrial Relations Council (le «conseil») d'interdire les activités de distribution de tracts auxquelles se livraient les syndiqués de l'appelant aux lieux de travail secondaires. Le conseil a conclu que l'appelant avait enfreint les art. 85 et 88 de la Loi et lui a ordonné de s'abstenir de faire du piquetage aux lieux de travail secondaires.

6 The Act was replaced by the *Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, c. 82, which came into force on January 18, 1993. The Industrial Relations Council was continued as the Labour Relations Board and for the purpose of the present appeal, the relevant picketing provisions in the Code are in substance similar to those contained in the Act. The applications, hearing and orders issued by the original panel were all under the Act, but the reasons for the orders were issued by the Board under the Code.

La Loi a été remplacée par le *Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, ch. 82, qui est entré en vigueur le 18 janvier 1993. L'Industrial Relations Council est devenu le Labour Relations Board (la «commission») et, aux fins du présent pourvoi, les dispositions pertinentes du Code en matière de piquetage correspondent essentiellement à celles que comportait la Loi. C'est sous le régime de la Loi que les demandes ont été déposées, que l'audience a été tenue et que les ordonnances ont été rendues par la formation originale, mais c'est en vertu du Code que les motifs des ordonnances ont été prononcés par la commission.

7 On February 9, 1993 the Board issued written reasons for the orders made on December 11 and 16, 1992. It rejected the appellant's argument that the statutory definition of "picketing" in the Act was unconstitutional and should be read down to exclude leafleting in light of s. 2(b) of the *Charter*. The Board concluded that leafleting came within the legislated definition of picketing since it was

Le 9 février 1993, la commission a déposé les motifs écrits des ordonnances rendues les 11 et 16 décembre 1992. Elle a rejeté l'argument de l'appelant que la définition législative de «*picketing*» («*piquetage*») était inconstitutionnelle et que, compte tenu de l'al. 2b) de la *Charte*, elle devait recevoir une interprétation atténuante pour soustraire la distribution de tracts à son champ d'appli-

an attempt to persuade customers not to enter the stores of the secondary employer.

The appellant applied for a reconsideration of the Board's decision. This application provided the Board with the opportunity to determine whether the *Charter* guarantee of freedom of expression required that consumer leafleting be excluded from the prohibition of secondary picketing. On July 15, 1994 the review panel of the Board dismissed the application for reconsideration. However, it was unanimous in finding that the restriction of secondary picketing in the Code was overly broad. It held that insofar as the definition of "picketing" included any persuasive activity at the location of a secondary employer it prohibited more expressive activity than could be justified by the legislative objective. While the majority concluded that the definition of "picketing" should be read down to exclude some, but not all, instances of leafleting, the dissenting members concluded that consumer leafleting *per se* was not picketing and found that the Code's inclusion of leafleting in its definition of picketing could not be justified in any case under the *Charter*.

The majority declined to draw a complete distinction between conventional picketing and leafleting. It would permit secondary consumer leafleting only insofar as it attempted to persuade consumers not to purchase struck goods or, in the case of a functionally integrated employer, not to do business with that employer. The majority found that such leafleting would not expand an existing labour dispute. However, in its view, any other leafleting activity could properly be restricted and those restrictions would pass constitutional muster. In the opinion of the majority, the appellant's leafleting activity would have been lawfully enjoined as it was directed at stores

cation. La commission a plutôt conclu que la distribution de tracts était visée par la définition législative de piquetage, puisqu'il s'agissait d'une activité visant à persuader les clients de ne pas entrer dans les magasins de l'employeur secondaire.

L'appelant a demandé le réexamen de la décision de la commission. Cette demande a donné à la commission l'occasion de déterminer si la liberté d'expression garantie par la *Charte* exigeait que la distribution de tracts aux consommateurs soit exclue de l'interdiction visant le piquetage secondaire. Le 15 juillet 1994, la formation saisie de la demande de réexamen a rejeté cette demande, mais elle a cependant conclu à l'unanimité que la restriction du piquetage secondaire prévue par le Code avait une portée trop large. La formation a statué que, dans la mesure où la définition de «piquetage» englobait toute activité de persuasion à l'établissement de l'employeur secondaire, elle interdisait plus d'activités d'expression que ne le justifiait l'objectif visé par la loi. Alors que la majorité a conclu que la définition de «piquetage» devait recevoir une interprétation atténuante de façon à exclure certaines formes de distribution de tracts — mais pas toutes — de son champ d'application, les membres dissidents ont statué que, en soi, la distribution de tracts aux consommateurs ne constituait pas du piquetage et que l'inclusion de la distribution de tracts dans la définition de piquetage dans le Code ne pouvait d'aucune façon être justifiée au regard de la *Charte*.

La majorité a refusé d'établir une distinction nette entre le piquetage classique et la distribution de tracts. Selon elle, la distribution secondaire de tracts aux consommateurs ne serait autorisée que dans la mesure où elle a pour objet de tenter de persuader les consommateurs de ne pas acheter de marchandises visées par la grève ou encore, dans le cas d'un employeur intégré fonctionnellement, de s'abstenir de faire des affaires avec cet employeur. La majorité a conclu qu'une telle distribution de tracts n'aurait pas pour effet d'élargir un conflit de travail existant. À son avis toutefois, toute autre activité de distribution de tracts pourrait à juste titre être restreinte, et de telles restrictions

which, under the Code, were separate and distinct operations of the primary employer.

10 The appellant sought judicial review of the Board's reconsideration decision. This application was dismissed by Huddart J. (as she then was). A subsequent appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed.

11 Before this Court, the respondent and the Attorney General of British Columbia, who intervened to defend the constitutionality of the impugned provisions, conceded that ss. 1, 65 and 67 of the Code infringe s. 2(b) of the *Charter* but argued that those infringements could be justified under s. 1 of the *Charter*. The appellant, on the other hand, submitted that leafleting activity could be distinguished from picketing and while the latter contained tortious elements and thus could be regulated, the former constituted lawful expression and there was no basis to restrict it in a free and democratic society.

12 It must be emphasized that the only activity at issue in the present appeal is the peaceful distribution of leaflets at the secondary sites. At the Langley store, members of the appellant formed a "chain" which prevented customers from entering the store and, at the Surrey store, members carrying placards were present at the entrance to the parking area of the shopping mall where the store was located. Both these activities were restrained on the ground that they constituted picketing in the conventional sense. The appellant has not challenged the order restraining these activities and thus they are not in question and need not be considered. Further, leaflets were left on the windshield of cars in the store parking lots but this activity was held not to come within the definition

résisteraient à tout examen de leur constitutionnalité. Selon la majorité, les activités de distribution de tracts de l'appelant auraient été légalement interdites si elles avaient visé des magasins qui, selon le Code, étaient des exploitations distinctes et indépendantes de l'employeur principal.

L'appelant a demandé la révision de la décision rendue par la commission à l'égard de la demande de réexamen. La demande de révision a été rejetée par Madame le juge Huddart (maintenant juge à la Cour d'appel). L'appel de cette décision à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a lui aussi été rejeté.

Devant notre Cour, l'intimée et le procureur général de la Colombie-Britannique — lequel est intervenu pour défendre la constitutionnalité des dispositions attaquées — ont concédé que les art. 1, 65 et 67 du Code portent atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, mais ils ont plaidé que ces violations pouvaient être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Pour sa part, l'appelant a prétendu que la distribution de tracts pouvait être distinguée du piquetage et que, alors que cette dernière activité comporte des aspects délictuels et peut, de ce fait, être réglementée, la distribution de tracts constitue un moyen d'expression légal, qu'aucune raison ne justifiait de restreindre dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il importe de souligner que la seule activité en litige dans le présent pourvoi est la distribution pacifique de tracts aux lieux de travail secondaires. Au magasin de Langley, des syndiqués de l'appelant ont formé une «chaîne» qui a empêché des clients d'entrer dans l'établissement, tandis qu'au magasin de Surrey des syndiqués tenant des pancartes se trouvaient à l'entrée de l'aire de stationnement du centre commercial où est situé le magasin. Ces deux activités ont été interdites parce qu'elles constituaient du piquetage au sens classique de ce terme. Comme l'appelant ne conteste pas l'ordonnance interdisant ces activités, elles ne sont pas en cause et n'ont donc pas à être examinées. De plus, des tracts ont été déposés sur le pare-brise des automobiles dans les stationnements des magasins, mais comme il a été jugé que cette activité n'était pas visée par la définition de pique-

of picketing. It was not restrained by the injunction and thus is not at issue in the present appeal.

In my opinion, the definition of “picketing” contained in s. 1(1) is overly broad and infringes the guarantee of freedom of expression. It cannot be justified on the basis that it is necessary to achieve the legislative objective of minimizing the harmful effects to third parties which would result from others impeding access to premises or encouraging employees to break their contract of employment.

## II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

*Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, c. 82

### Definitions

#### 1. (1) In this Code

. . . .

“**picket**” or “**picketing**” means attending at or near a person’s place of business, operations or employment for the purpose of persuading or attempting to persuade anyone not to

- (a) enter that place of business, operations or employment,
- (b) deal in or handle that person’s products, or
- (c) do business with that person,

and a similar act at such a place that has an equivalent purpose;

. . . .

### Purposes of the Code

#### 2. (1) The following are the purposes of this Code:

. . . .

- (c) to minimize the effects of labour disputes on persons who are not involved in the dispute;
- (d) to promote conditions favourable to the orderly, constructive and expeditious settle-

tage, elle n’a pas été interdite par l’injonction et elle ne fait pas l’objet du présent pourvoi.

À mon avis, la définition de «piquetage» au par. 1(1) est trop large et elle porte atteinte à la garantie de liberté d’expression. Elle ne peut être justifiée par le fait qu’elle serait nécessaire pour réaliser l’objectif de la loi qui est de réduire au minimum les effets préjudiciables qu’entraînerait pour des tierces parties la présence de personnes entravant l’accès à leurs établissements ou encourageant leurs employés à ne pas respecter leur contrat de travail.

## II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

*Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, ch. 82

[TRADUCTION]

### Définitions

#### 1. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent Code.

. . . .

«**piqueter**» ou «**piquetage**» Le fait de se trouver au lieu d’affaires, d’activités ou de travail d’une personne ou aux abords de celui-ci dans le but de persuader ou de tenter de persuader quelqu’un de ne pas:

- a) entrer dans ce lieu d’affaires, d’activités ou de travail;
- b) tenir ou faire le commerce des produits de cette personne;
- c) faire des affaires avec cette personne.

S’entend également de tout acte similaire accompli à un tel endroit dans un but équivalent.

. . . .

### Objets du Code

#### 2. (1) Le présent Code vise les objets suivants:

. . . .

- c) réduire au minimum les effets des conflits de travail sur les personnes qui n’y sont pas parties;
- d) favoriser l’existence des conditions favorables au règlement ordonné, constructif et expéditif

13

14

ment of disputes between employers and trade unions;

- (e) to ensure that the public interest is protected during labour disputes;

. . . .

### Information

64. A trade union or other person may, at any time and in a manner that does not constitute picketing as defined by this Code, communicate information to a person, or publicly express sympathy or support for a person, as to matters or things affecting or relating to terms or conditions of employment or work done or to be done by that person.

### Picketing

65. . . .

- (3) A trade union, a member or members of which are lawfully on strike or locked out, or a person authorized by the trade union, may picket at or near a site or place where a member of the trade union performs work under the control or direction of the employer if the work is an integral and substantial part of the employer's operation and the site or place is a site or place of the lawful strike or lockout.

. . . .

- (7) For the purpose of this section, divisions or other parts of a corporation or firm shall, if they are separate and distinct operations, be treated as separate employers.

. . . .

### Picketing restricted

67. Except as provided in this Code, a person shall not picket in respect of a matter or dispute to which this Code applies.

des conflits entre les employeurs et les syndicats;

- e) protéger l'intérêt public pendant les conflits de travail;

. . . .

### Renseignements

64. Le syndicat ou toute autre personne peut, en tout temps et de toute façon qui ne constitue pas du piquetage au sens du présent Code, communiquer à quiconque de l'information, ou exprimer publiquement sa sympathie ou son appui à une autre personne à l'égard de questions ou de choses touchant les conditions d'emploi ou le travail accompli ou devant être accompli par cette personne.

### Piquetage

65. . . .

- (3) Le syndicat, un ou plusieurs syndiqués qui sont en grève légale ou en lock-out, ou toute personne autorisée par le syndicat peuvent piqueter à un lieu ou aux abords d'un lieu où un membre du syndicat accomplit du travail sous la surveillance ou la direction de l'employeur si le travail constitue une partie intégrante et substantielle de l'exploitation de l'employeur et qu'il s'agit du lieu ou de l'endroit où se produit la grève légale ou le lock-out.

. . . .

- (7) Pour l'application du présent article, les divisions ou autres parties d'une société ou d'une entreprise qui constituent des exploitations distinctes et indépendantes sont considérées comme des employeurs différents.

. . . .

### Restriction du piquetage

67. Sauf disposition contraire du présent Code, nul ne peut piqueter à l'égard d'une question ou d'un conflit visé par le présent Code.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

*Constitution Act, 1982*

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162

The application for judicial review was dismissed and the Board's decision was upheld although the reasons were not adopted. The appellant submitted that the majority of the Board made a reversible error when they accepted an interpretation of "picketing" that infringed the *Charter* without considering whether the definition could sustain an interpretation that would not do so. The error was said to arise from a failure to apply the presumption of constitutional validity. The chambers judge rejected that argument. She held that the Board was entitled to a high degree of deference as a highly specialized administrative tribunal and that absent *Charter* considerations, the Board was free to determine what constitutes picketing for the purposes of the Code.

Huddart J. then turned to the issue of whether *Charter* considerations could prevent the picketing prohibition from applying to secondary consumer leafleting. She held that the restrictions on picket-

*Charte canadienne des droits et libertés*

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

*Loi constitutionnelle de 1982*

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162

Le juge des requêtes a rejeté la demande de révision judiciaire et confirmé la décision de la commission sans toutefois souscrire à ses motifs. L'appelant a fait valoir que les membres majoritaires de la commission avaient commis une erreur justifiant l'infirmité de leur décision lorsqu'ils avaient retenu une interprétation du terme «piquetage» portant atteinte à la *Charte* sans se demander si la définition pouvait recevoir une interprétation non attentatoire. De prétendre l'appelant, l'erreur découlerait de l'omission d'appliquer la présomption de validité constitutionnelle. Le juge des requêtes a rejeté cet argument et conclu que la commission avait droit, en tant que tribunal administratif ultra spécialisé, à un degré élevé de retenue, et que, en l'absence de considérations fondées sur la *Charte*, la commission était libre de déterminer ce qui constitue du piquetage pour l'application du Code.

Madame le juge Huddart s'est alors penchée sur la question de savoir si des considérations fondées sur la *Charte* pouvaient empêcher que l'interdiction du piquetage s'applique à la distribution

ing constituted a *prima facie* infringement of s. 2(b) of the *Charter*. Thus the sole issue was whether the legislature's infringement of that right was saved under s. 1 of the *Charter*. Huddart J. adopted a contextual approach and found that insulating third parties from the effects of labour disputes was a pressing and substantial objective. She agreed with the majority of the Board that the proportionality step of the s. 1 analysis was met insofar as the activity of the appellant was concerned. She held that the legislature had a reasonable basis for striking the particular balance between the competing interests. She noted that the legislature was owed deference in reaching the appropriate balance in such a complex labour law issue and she concluded that the legislature's choice should not be disturbed by the courts.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 157

17

Hinds J.A. for the court considered that the prohibition of consumer leafleting was the primary issue to be examined in this appeal. The Court of Appeal also acknowledged that restrictions on picketing constituted a *prima facie* limitation on freedom of expression and that the only issue to be resolved was whether the prohibition against consumer leafleting was, under s. 1 of the *Charter*, a reasonable limit on freedom of expression.

18

Hinds J.A. agreed with Huddart J.'s characterization of the legislative objective as "insulating third parties from harmful effects of labour disputes" (p. 172). In his view, this objective was sufficiently pressing and substantial to warrant an infringement of the appellant's freedom of expression. Further, Hinds J.A. held that Huddart J. did not err in her conclusions regarding the proportionality requirement under s. 1 of the *Charter*. Hinds J.A. held that based on the Board's finding

secondaire de tracts aux consommateurs. Elle a conclu que les restrictions visant le piquetage constituaient une atteinte *prima facie* à l'al. 2b) de la *Charte*. La seule question à trancher était celle de savoir si la validité de l'atteinte à ce droit par la législature était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Le juge Huddart a appliqué une approche contextuelle et statué que la protection des tiers contre les effets des conflits de travail constituait un objectif urgent et réel. Elle a convenu avec les membres majoritaires de la commission que, en ce qui avait trait à l'activité de l'appellant, le critère de la proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier était respecté. Elle a reconnu que la législature était raisonnablement fondée à établir l'équilibre en question entre les intérêts opposés. Elle a souligné que la législature avait droit à ce qu'on fasse montre de retenue envers sa décision concernant l'équilibre appropriée dans le cadre d'un litige aussi complexe en matière de relations du travail, et elle a conclu que cette décision ne devrait pas être modifiée par les tribunaux.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 39 B.C.L.R. (3d) 157

S'exprimant pour la Cour d'appel, le juge Hinds a estimé que l'interdiction de distribuer des tracts aux consommateurs était la principale question en litige dans cet appel. La Cour d'appel a aussi reconnu que les restrictions visant le piquetage constituaient une atteinte *prima facie* à la liberté d'expression et que la seule question à trancher était celle de savoir si l'interdiction visant la distribution de tracts aux consommateurs était une limite raisonnable à la liberté d'expression au sens de l'article premier de la *Charte*.

À l'instar du juge Huddart, le juge Hinds a considéré que l'objectif de la Loi était [TRADUCTION] «la protection des tiers contre les effets préjudiciables des conflits de travail» (p. 172). De l'avis du juge Hinds, cet objectif était suffisamment urgent et réel pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression de l'appellant. Il a en outre conclu que le juge Huddart n'avait pas commis d'erreur dans ses conclusions relatives au respect de la condition de proportionnalité requise par l'article premier de

that consumer leafleting was equivalent to traditional picketing, the s. 1 *Charter* analysis carried out in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, applied. He noted that the facts of this case were somewhat different but nevertheless he held that the considerations under s. 1 in *Dolphin Delivery* were pertinent to this case.

Accordingly, the appeal was dismissed.

#### IV. Issues

On June 29, 1998, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Do ss. 1 (definition of “picket” or “picketing”), 65 and 67 of the *Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, c. 82, limit freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that they prohibit union members from distributing leaflets at secondary sites of the employer in the context of a labour dispute?
2. If the answer to Question 1 is yes, is the limit reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

#### V. Analysis

##### A. *Freedom of Expression*

###### 1. Overview

Freedom of expression is fundamental to freedom. It is the foundation of any democratic society. It is the cornerstone of our democratic institutions and is essential to their functioning. See *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 28. The fundamental value of free expression was referred to by me in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward

la *Charte*. Se fondant sur la conclusion de la commission que la distribution de tracts aux consommateurs équivalait à du piquetage classique, il a conclu que l'analyse fondée sur l'article premier faite dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, était applicable. Soulignant que les faits du présent cas étaient quelque peu différents, il a néanmoins conclu que les considérations relatives à l'article premier examinées dans *Dolphin Delivery* étaient pertinentes en l'espèce.

En conséquence, l'appel a été rejeté.

#### IV. Les questions en litige

Le 29 juin 1998, le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les articles 1 (définition de «picket» («piqueter») ou «picketing» («piquetage»)), 65 et 67 du *Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, ch. 82, restreignent-ils la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la mesure où ils interdisent aux syndiqués de distribuer des tracts aux lieux de travail secondaires de l'employeur dans le cadre d'un conflit de travail?
2. En cas de réponse affirmative à la première question, s'agit-il d'une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*?

#### V. L'analyse

##### A. *La liberté d'expression*

###### 1. Vue d'ensemble

La liberté d'expression est un élément fondamental de la liberté. Elle constitue le fondement de toute société démocratique. Elle est la pierre angulaire de nos institutions démocratiques et un élément essentiel à leur fonctionnement. Voir *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, au par. 28. J'ai décrit en ces termes la valeur fondamentale de la liberté d'expression dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336:

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées

19

20

21

opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(b) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances. [Emphasis added.]

22 Moreover, it has repeatedly been held that rights and freedoms under the *Charter* must be interpreted generously in order to secure the full benefit of the *Charter's* protection. See *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, *Edmonton Journal*, at p. 1356.

23 The decision in *Dolphin Delivery* was the first attempt to interpret s. 2(b) of the *Charter*. The holding that labour picketing was a protected form of expression was an auspicious beginning. McIntyre J. underlined the fundamental value of free expression in the following terms. At p. 583 he wrote:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

24 Yet, the guarantee of freedom of expression must always be considered in the context presented by each case. See *Edmonton Journal*, at pp. 1355-56; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 760; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 71-72 and 132-34; *Libman*, at para. 60, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R.

et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2b) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2b) de la Charte ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs. [Je souligne.]

En outre, il a été jugé à maintes reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* doivent recevoir une interprétation généreuse, visant à assurer la pleine jouissance de la protection accordée par la *Charte*. Voir les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344; et *Edmonton Journal*, à la p. 1356.

L'arrêt *Dolphin Delivery* a été la première occasion d'interpréter l'al. 2b) de la *Charte*. La conclusion que le piquetage syndical était une forme d'expression protégée a constitué un départ favorable. Le juge McIntyre a souligné en ces termes, à la p. 583, la valeur fondamentale de la liberté d'expression:

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

Il n'en demeure pas moins que la garantie de liberté d'expression doit toujours être examinée dans le contexte propre à chaque espèce. Voir les arrêts *Edmonton Journal*, aux pp. 1355 et 1356; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 246 et 247; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 760; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux par. 71 et 72 et 132 à 134; *Libman*, au par. 60; et *Thomson*

877, at para. 91. It is the relative value of freedom of expression in the context in which it is presented which will affect the balancing which takes place under s. 1 of the *Charter*. In this case, the leafleting activity was carried out in support of the appellant's position in a labour dispute. Although it has been conceded by the parties that the impugned legislation infringes s. 2(b), the extent of the protection afforded by that section of the *Charter* in the context of labour relations must still be explored in order to determine whether the legislation may be justified under s. 1 of the *Charter*.

## 2. Freedom of Expression in the Labour Relations Context

The importance of work for individuals has been consistently recognized and stressed. Dickson C.J. in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, observed at p. 368: "A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person's dignity and self respect." See also *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 300; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 94, and *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 66. As well, the vulnerability of individual employees, particularly retail workers, and their inherent inequality in their relationship with management has been recognized. See *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 773. It follows that workers, particularly those who are vulnerable, must be able to speak freely on matters that relate to their working conditions. For employees, freedom of expression becomes not only an important but an essential component of labour relations. It is through free expression that vulnerable workers are able to enlist the support of the public in their quest for

*Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 91. C'est la valeur relative de la liberté d'expression dans le contexte où elle se présente qui aura un effet sur la mise en équilibre effectuée pour l'application de l'article premier de la *Charte*. En l'espèce, la distribution de tracts a été accomplie pour appuyer la position préconisée par l'appelant dans le cadre d'un conflit de travail. Bien qu'il ait été concédé que les dispositions législatives contestées portent atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, il faut néanmoins examiner l'étendue de la protection accordée par cette disposition dans le contexte des relations du travail afin de déterminer si ces dispositions peuvent être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

## 2. La liberté d'expression dans le contexte des relations du travail

L'importance du travail pour les individus a constamment été reconnue et soulignée. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson a fait l'observation suivante, à la p. 368: «L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même.» Voir également les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 300; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, au par. 94; et *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, au par. 66. On a également reconnu la vulnérabilité individuelle des employés, particulièrement ceux du commerce de détail, ainsi que l'inégalité intrinsèque de leurs rapports avec la direction de leur entreprise. Voir les arrêts *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051, et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 773. Il s'ensuit que les travailleurs, tout particulièrement ceux qui sont vulnérables, doivent être en mesure de s'exprimer librement sur les questions touchant leurs conditions de travail. Pour les employés, la liberté d'expression devient une

better conditions of work. Thus their expression can often function as a means of achieving their goals.

26

The facts of this case underscore the importance of freedom of expression in labour relations. The leafleting activity by the appellant was conducted in the course of a lawful dispute which had resulted in the employees being locked out for six months. The leaflets appealed to the public not to spend their money at KMart stores. They stated that 95 percent of the workforce were women and part-time employees and that the workers were seeking their first collective agreement. The collective bargaining issues included not only wages and working conditions, but also employment equity and job security. The Board recognized ((1994), 24 C.L.R.B.R. (2d) 1, at p. 29) that:

In attempting to obtain a first collective agreement, these employees were seeking the basic fundamentals that a collective agreement provides; for example, a grievance procedure, unjust dismissal provisions, seniority, improved wages and working conditions. These basic contract provisions underlie the value of collective bargaining — rule of law, industrial democracy, voice, dignity and job security.

27

The fundamental freedom to speak about matters that relate to working conditions is explicitly recognized by the Code. Section 64 provides that a trade union and its members are free to communicate information to the public with regard to a labour dispute, except in a manner which may constitute picketing. Accordingly, the Board held that it was permissible for employees to publish letters, issue press releases, take out newspaper advertisements or use billboards in order to publicize the labour dispute and attempt to gain public sympathy. In my view, it follows that both the legislation

composante non seulement importante, mais essentielle des relations du travail. C'est grâce à la liberté d'expression que les travailleurs vulnérables sont en mesure de se gagner l'appui du public dans leur quête de meilleures conditions de travail. Ainsi, le fait de s'exprimer peut souvent servir de moyen d'atteindre leurs objectifs.

Les faits du présent cas font ressortir l'importance de la liberté d'expression dans le contexte des relations du travail. L'appelante a distribué des tracts dans le cadre d'un conflit légal, qui avait entraîné la mise en lock-out des employés pendant six mois. Les tracts demandaient au public de ne pas dépenser d'argent dans les magasins KMart. Ils indiquaient que 95 pour 100 de la main-d'œuvre de ces établissements était constituée de femmes et d'employés à temps partiel, et que ces travailleurs tentaient d'obtenir leur première convention collective. Les questions faisant l'objet de la négociation collective incluaient non seulement les salaires et les conditions de travail, mais aussi l'équité salariale et la sécurité d'emploi. La commission a reconnu ce qui suit ((1994), 24 C.L.R.B.R. (2d) 1, à la p. 29):

[TRADUCTION] Dans leur tentative en vue de signer une première convention collective, ces employés cherchaient à obtenir les avantages fondamentaux d'une convention collective; par exemple, une procédure de règlement des griefs, des dispositions en matière de congédiement injustifié, l'ancienneté, une meilleure rémunération et l'amélioration de leurs conditions de travail. Ces dispositions contractuelles fondamentales sont ce qui font la valeur de la négociation collective — primauté du droit, démocratie industrielle, voix au chapitre, dignité et sécurité d'emploi.

La liberté fondamentale de s'exprimer sur les questions touchant les conditions de travail est expressément reconnue par le Code. En effet, l'art. 64 précise que le syndicat et ses membres sont libres de communiquer de l'information au public à l'égard d'un conflit de travail, sauf si cela se fait d'une façon qui peut constituer du piquetage. Par conséquent, la commission a conclu que les employés étaient habilités à publier des lettres, à transmettre des communiqués de presse, à faire paraître des annonces dans les journaux ou à utiliser des panneaux publicitaires pour faire connaître

and the Board policy appreciate how very important it is for workers to disseminate accurate information in a lawful manner with regard to a labour dispute.

### 3. Leafletting as a Means of Expression

The distribution and circulation of leaflets has for centuries been recognized as an effective and economical method of both providing information and assisting rational persuasion. It has long been used as a means to enlist support. See *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, and *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084. Free expression on matters of public interest and the right to publicly disseminate news and information and to express opinions on matters of public interest were considered to be fundamental rights long before the enactment of the *Charter*. See *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at pp. 370-71. The distribution of leaflets and posters is typically less expensive and more readily available than other forms of expression. As a result, they are particularly important means of providing information and seeking support by the vulnerable and less powerful members of society. See *Libman*, *supra*, at para. 76; *Ramsden*, at pp. 1096 and 1101-3; *Committee for the Commonwealth of Canada*, at pp. 198 and 251. Leafletting, like the posting at issue in *Ramsden*, is a form of expression that has historically been used by vulnerable and disadvantaged groups. Indeed, in the present case, the Board recognized the importance and the value of leafletting in the following terms (at p. 53):

The ability to leaflet and handbill, to give speeches and directly canvass consumers, is a longstanding and traditional form of freedom of expression. It is inexpen-

au public l'existence du conflit de travail et tenter de s'assurer sa sympathie. À mon avis, il s'ensuit que tant les dispositions législatives que la politique de la commission reconnaissent la très grande importance que revêt pour les travailleurs la possibilité de communiquer, de façon légale, des renseignements exacts au sujet d'un conflit de travail.

### 3. La distribution de tracts comme moyen d'expression

Depuis des siècles, la distribution et la circulation de tracts sont reconnues comme des moyens efficaces et peu coûteux de communiquer de l'information et d'appuyer des efforts de persuasion rationnelle. On s'en sert depuis longtemps comme moyens de rallier des gens à sa cause. Voir les arrêts *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, et *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084. La liberté de s'exprimer sur des questions d'intérêt public ainsi que le droit de diffuser des nouvelles et des renseignements et d'exprimer des opinions sur des questions d'intérêt public étaient considérés comme des droits fondamentaux bien avant l'édiction de la *Charte*. Voir *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, aux pp. 370 et 371. La distribution de tracts et d'affiches est un moyen typiquement moins dispendieux et d'utilisation plus facile que d'autres formes d'expression. Par conséquent, elle constitue pour les membres plus vulnérables et moins puissants de la société un moyen particulièrement important de communiquer de l'information et de solliciter des appuis à leur cause. Voir les arrêts *Libman*, précité, au par. 76; *Ramsden*, aux pp. 1096 et 1101 à 1103, et *Comité pour la République du Canada*, aux pp. 198 et 251. Tout comme l'affichage en cause dans l'arrêt *Ramsden*, la distribution de tracts est une forme d'expression qui a historiquement été utilisée par des groupes vulnérables et défavorisés. De fait, dans la présente affaire, la commission a reconnu, en ces termes, l'importance et la valeur de la distribution de tracts (à la p. 53):

[TRADUCTION] La possibilité de distribuer des tracts et des feuillets, de faire des discours et de solliciter directement les consommateurs est une forme de liberté

sive and may be the only form of expression to which many individuals or groups have access in order to influence members of the public. In the facts of this case, many of the activities took place at stores located in shopping malls which have been characterized as the equivalent forum to the public markets or main streets of the past: *Commonwealth, supra*.

d'expression traditionnelle qui existe de longtemps. Peu coûteuse, elle peut représenter la seule forme d'expression dont disposent certaines personnes ou certains groupes pour influencer les membres du public. Selon les faits de la présente espèce, bon nombre des activités se sont déroulées à des établissements situés dans des centres commerciaux, lesquels ont été qualifiés de pendants modernes des marchés publics ou des rues principales d'antan: *Comité pour la République, précité*.

Further, "attending" at a specific location to prosecute a consumer boycott has been a traditional right enjoyed by many non-labour groups including political, social, religious and economic interest groups. Such methods were employed by civil rights groups to address human rights and civil liberties; by many different groups of citizens (especially new Canadians) to address the contravention of human rights in various countries around the world, including consumer and economic boycotts; by individuals generally, and women in particular, in regard to discrimination and violence; by religious groups to proselytize and defend religious beliefs; and by many citizens to protest war and nuclear arms.

De plus, la possibilité de «se trouver» à un endroit donné pour se livrer à un boycottage de consommation est un droit dont jouissent traditionnellement de nombreux groupes non ouvriers, notamment des groupes représentant des intérêts politiques, sociaux, religieux et économiques. De telles méthodes ont été employées par divers groupes de défense des droits civils pour faire avancer la cause des droits de la personne et des libertés civiles; par nombre de groupes de citoyens (tout particulièrement des néo-Canadiens) pour dénoncer les atteintes aux droits de la personne dans divers pays du monde, notamment à l'occasion de boycottages de consommation et de boycottages économiques; par les gens en général, en particulier des femmes, pour lutter contre la discrimination et la violence; par des groupes religieux pour faire du prosélytisme et défendre des croyances religieuses; et par beaucoup de citoyens pour protester contre la guerre et les armes nucléaires.

29

The respondent argued that the appellant's intention in this appeal was to promote the economic interests of organized labour and that the appellant attempted "to take the dispute out of context by denying . . . the commercial and economic aspects of picketing". Admittedly, an individual's employment provides economic benefits, but it also fulfils significant social and psychological needs. For workers, a form of expression which deals with their working conditions and treatment by their employer is a statement about their working environment. Thus it relates to their well-being and dignity in the workplace. See *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, at p. 368; *Slaight Communications*, at pp. 1054-55, and *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 289-91. The Board recognized that picketing had not been defined by this Court solely in economic or commercial terms which would have afforded it less

L'intimée a plaidé que, dans le présent cas, l'appelant visait à promouvoir les intérêts économiques du mouvement syndical et tentait de [TRADUCTION] «présenter le conflit hors contexte en niant [. . .] les aspects commerciaux et économiques du piquetage». L'emploi, il faut reconnaître, procure aux individus des avantages économiques, en plus de combler d'importants besoins sociaux et psychologiques. Pour les travailleurs, une forme d'expression qui traite de leurs conditions de travail et du traitement que leur réserve leur employeur constitue une déclaration sur leur environnement de travail. Elle a donc trait à leur bien-être et à leur dignité en milieu de travail. Voir le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, à la p. 368; *Slaight Communications*, précité, aux pp. 1054 et 1055; et *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pp. 289 à 291. La commission a reconnu que notre Cour n'avait

protection than other forms of political speech under the *Charter*. The Board correctly recognized that this constituted a “recognition that collective bargaining and labour law often involve not simply economic issues but fundamental legal, political and social issues. It is further recognition of the importance of a person’s livelihood and the significance of their dignity in the workplace” (pp. 26-27). It was the opinion of the Board that the leaflets attempted to convey a meaning that related to and was consistent with the labour dispute and that their goal was to achieve effective collective bargaining. The Board correctly determined that these goals were also consistent with the values that underlie freedom of expression as set out in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

#### 4. Infringement upon Freedom of Expression

It is obvious that freedom of expression in the labour relations context is fundamentally important and essential for workers. In any labour dispute it is important that the public be aware of the issues. Furthermore, leafleting is an activity which conveys meaning. In light of the very broad interpretation that has been given to freedom of expression, it clearly falls within the purview of s. 2(b) of the *Charter*. In *Libman, supra*, at para. 31, it was said: “Unless the expression is communicated in a manner that excludes the protection, such as violence, the Court recognizes that any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning is covered by the guarantee of s. 2(b) of the Canadian *Charter*”.

In the case at bar, the respondent and the Attorney General very properly conceded that the restriction on consumer leafleting activity was *prima facie* an infringement of freedom of expression. The impugned legislation acts as a complete

pas défini le piquetage uniquement en fonction de réalités économiques ou commerciales, ce qui lui aurait valu une protection moins grande que d’autres formes de discours politique visées par la *Charte*. La commission a avec raison admis qu’il s’agissait d’une [TRADUCTION] «reconnaissance du fait que, souvent, les négociations collectives et le droit du travail soulèvent non seulement des questions d’ordre économique, mais également des questions fondamentales d’ordre juridique, politique et sociale. C’est aussi une reconnaissance de l’importance pour les individus de la capacité de gagner leur vie et du respect de leur dignité en milieu de travail» (pp. 26 et 27). De l’avis de la commission, les tracts cherchaient à communiquer un message cohérent à propos du conflit de travail et avaient pour objectif de permettre des négociations collectives efficaces. La commission a eu raison de conclure que ces objectifs étaient également compatibles avec les valeurs qui sont à la base de la liberté d’expression et qui ont été énoncées dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

#### 4. Atteinte à la liberté d’expression

Il est évident que, dans le contexte des relations du travail, la liberté d’expression est un élément fondamentalement important et essentiel pour les travailleurs. Dans tout conflit de travail, il est important que le public connaisse les enjeux. De plus, la distribution de tracts est une activité qui communique un message. Compte tenu de l’interprétation très large qui a été donnée à la liberté d’expression, cette activité est clairement visée par l’al. 2b) de la *Charte*. Dans l’arrêt *Libman*, précité, au par. 31, la Cour a dit: «À moins que l’expression ne soit communiquée d’une manière qui exclut la protection, telle la violence, la Cour reconnaît que toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre un message est comprise dans la garantie de l’al. 2b) de la *Charte* canadienne».

En l’espèce, l’intimée et le procureur général ont à très juste titre concédé que la restriction visant la distribution de tracts aux consommateurs constituait une atteinte *prima facie* à la liberté d’expression. Les dispositions législatives contestées ont

30

31

restriction on any persuasive activity by striking employees, including consumer leafleting at the site of secondary employers. It may be helpful at this point to reproduce ss. 1, 65 and 67 of the *Labour Relations Code*:

### Definitions

#### 1. (1) In this Code

“**picket**” or “**picketing**” means attending at or near a person’s place of business, operations or employment for the purpose of persuading or attempting to persuade anyone not to

- (a) enter that place of business, operations or employment,
- (b) deal in or handle that person’s products, or
- (c) do business with that person,

and a similar act at such a place that has an equivalent purpose;

### Picketing

#### 65. . . .

- (3) A trade union, a member or members of which are lawfully on strike or locked out, or a person authorized by the trade union, may picket at or near a site or place where a member of the trade union performs work under the control or direction of the employer if the work is an integral and substantial part of the employer’s operation and the site or place is a site or place of the lawful strike or lockout.

- (7) For the purpose of this section, divisions or other parts of a corporation or firm shall, if they are separate and distinct operations, be treated as separate employers.

pour effet d’empêcher complètement toute activité de persuasion de la part des employés en grève, y compris la distribution de tracts aux consommateurs aux établissements d’employeurs secondaires. Il serait utile de reproduire ici les art. 1, 65 et 67 du *Labour Relations Code*:

[TRADUCTION]

### Définitions

#### 1. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent Code.

«**piqueter**» ou «**piquetage**» Le fait de se trouver au lieu d’affaires, d’activités ou de travail d’une personne ou aux abords de celui-ci dans le but de persuader ou de tenter de persuader quelqu’un de ne pas:

- a) entrer dans ce lieu d’affaires, d’activités ou de travail;
- b) tenir ou faire le commerce des produits de cette personne;
- c) faire des affaires avec cette personne.

S’entend également de tout acte similaire accompli à un tel endroit dans un but équivalent.

### Piquetage

#### 65. . . .

- (3) Le syndicat, un ou plusieurs syndiqués qui sont en grève légale ou en lock-out, ou toute personne autorisée par le syndicat peuvent piqueter à un lieu ou aux abords d’un lieu où un membre du syndicat accomplit du travail sous la surveillance ou la direction de l’employeur si le travail constitue une partie intégrante et substantielle de l’exploitation de l’employeur et qu’il s’agit du lieu ou de l’endroit où se produit la grève légale ou le lock-out.

- (7) Pour l’application du présent article, les divisions ou autres parties d’une société ou d’une entreprise qui constituent des exploitations distinctes et indépendantes sont considérées comme des employeurs différents.

**Picketing restricted**

67. Except as provided in this Code, a person shall not picket in respect of a matter or dispute to which this Code applies.

Sections 65(3) and 67 establish the parameters of permissible and impermissible picketing. However, s. 1(1) defines picketing in very broad terms which undoubtedly encompass leafleting. This interpretation is consistent with the Board's conclusion which found that the consumer leafleting undertaken by the striking members of the appellant constituted prohibited picketing under the Code. Clearly, the Board's findings of fact or interpretations of this legislation could not be overturned unless they were patently unreasonable. However, it must be noted that the inclusion of the appellant's activity within the definition of "picketing" was not challenged on statutory interpretation principles. The question raised is whether the definition of "picketing" in s. 1(1) of the Code is overly broad thus infringing s. 2(b) and if so whether it can be justified pursuant to s. 1.

It is true that impugned legislation may infringe a *Charter* right or freedom by its purpose or its effects. See *Big M Drug Mart*, at pp. 331-32, and *Irwin Toy*, at pp. 971-72. However, in my view, the operation of ss. 1, 65 and 67 of the Code has, at the very least, the effect of restricting consumer leafleting and thus infringes the appellant's freedom of expression. Consequently, the first constitutional question must be answered in the affirmative.

**B. Section 1 of the Charter**

The aim of the analysis under s. 1 of the *Charter* is to determine whether the infringement of a *Charter* right or freedom can be justified in a free and democratic society. Following the test elaborated initially in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and subsequently in cases including *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *Thomson Newspapers*, it is incumbent on

**Restriction du piquetage**

67. Sauf disposition contraire du présent Code, nul ne peut piqueter à l'égard d'une question ou d'un conflit visé par le présent Code.

Le paragraphe 65(3) et l'art. 67 établissent les paramètres du piquetage permis et du piquetage interdit. Cependant, le par. 1(1) définit le piquetage en termes très larges, qui englobent indubitablement la distribution de tracts. Cette interprétation est conforme à la conclusion de la commission que la distribution de tracts aux consommateurs à laquelle se sont livrés les syndiqués en grève constituait du piquetage interdit par le Code. Il est clair que les conclusions de fait de la commission ou ses interprétations du texte de loi ne pouvaient être infirmées que si elles étaient manifestement déraisonnables. Toutefois, il y a lieu de préciser que l'inclusion des activités de l'appellant dans la définition de «piquetage» n'a pas été contestée sur le fondement de principes d'interprétation législative. La question qui se pose est donc de savoir si la définition de «piquetage» au par. 1(1) du Code a une portée trop large et viole de ce fait l'al. 2b), et, dans l'affirmative, si elle peut être justifiée au regard de l'article premier.

Il est vrai qu'une disposition législative peut, de par son objet ou de par ses effets, porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Voir les arrêts *Big M Drug Mart*, aux pp. 331 et 332; et *Irwin Toy*, aux pp. 971 et 972. À mon avis, toutefois, l'application des art. 1, 65 et 67 du Code a à tout le moins pour effet de restreindre la distribution de tracts aux consommateurs, et elle porte ainsi atteinte à la liberté d'expression de l'appellant. Par conséquent, la première question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative.

**B. L'article premier de la Charte**

L'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* vise à déterminer si la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Conformément au critère qui a été élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, puis précisé dans des arrêts tels *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson*

32

33

34

the respondent and the Attorney General as the parties seeking to uphold the restriction on a *Charter* freedom to show on a balance of probabilities that such an infringement can be justified. To satisfy this burden, they must demonstrate that the objective sought to be served by the legislative restriction is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. Only a significantly pressing and substantial objective can meet this requirement. They must also demonstrate that the legislative restriction is proportional to the objective sought by the legislature. In determining proportionality, three factors must be examined. First, the measure chosen must be rationally connected to the objective. Second, it must impair the guaranteed right or freedom as little as reasonably possible. And third, there must be proportionality between the importance of the objective and the deleterious effects of the restriction and between the deleterious and salutary effects of the measure. The analysis must be undertaken in the context of labour relations.

### 1. Pressing and Substantial Objective

35

In framing the objective as “insulating third parties from the harmful effects of a labour dispute” the respondent and the Attorney General relied on *Dolphin Delivery*. There McIntyre J. determined that the objective of the restriction was to ensure that a third party would not suffer unduly from the labour dispute over which it has no control. At issue in *Dolphin Delivery* was whether secondary picketing in support of a labour dispute was a protected form of expression under the *Charter* free from restriction by injunction. In upholding the common law limit imposed on secondary picketing, McIntyre J. wrote at p. 591:

When the parties do exercise the right to disagree, picketing and other forms of industrial conflict are likely to follow. The social cost is great, man-hours and wages are lost, production and services will be disrupted, and

*Newspapers*, il incombe à l’intimée et au procureur général — en tant que parties préconisant le maintien de la restriction frappant une liberté garantie par la *Charte* — d’établir, suivant la prépondérance des probabilités, qu’une telle restriction peut être justifiée. Pour s’acquitter de cette charge, ils doivent démontrer que l’objectif visé par cette restriction législative est suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution. Seul un objectif carrément urgent et réel peut satisfaire cette condition. Ils doivent aussi montrer que la restriction législative est proportionnelle à l’objectif visé par la législature. Dans l’appréciation de la proportionnalité, trois facteurs doivent être examinés. Premièrement, la mesure choisie doit avoir un lien rationnel avec l’objectif. Deuxièmement, cette mesure doit restreindre le droit ou la liberté garantis qui est en cause aussi peu qu’il est raisonnablement possible de le faire. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre l’importance de l’objectif et les effets préjudiciables de la restriction, ainsi qu’entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la mesure. Cette analyse doit être faite en matière de relations du travail.

### 1. Un objectif urgent et réel

Pour affirmer que l’objectif est [TRADUCTION] «la protection des tiers contre les effets préjudiciables des conflits de travail», l’intimée et le procureur général s’appuient sur l’arrêt *Dolphin Delivery*. Dans cette affaire, le juge McIntyre a conclu que l’objectif de la restriction était de faire en sorte que des tiers ne souffrent pas indûment d’un conflit de travail indépendant de leur volonté. Dans cette affaire, la question en litige était de savoir si le piquetage secondaire effectué au soutien d’un conflit de travail constituait une forme d’expression protégée par la *Charte* et ne pouvait être empêché par voie d’injonction. Confirmant la limitation imposée au piquetage secondaire par la common law, le juge McIntyre a écrit ceci, à la p. 591:

Lorsque les parties exercent leur droit d’être en désaccord, le piquetage et d’autres formes de conflit de travail sont susceptibles de s’ensuivre. Sur le plan social, le coût d’un conflit est très élevé; il y a perte d’heures-

general tensions within the community may be heightened. Such industrial conflict may be tolerated by society but only as an inevitable corollary to the collective bargaining process. It is therefore necessary in the general social interest that picketing be regulated and sometimes limited. It is reasonable to restrain picketing so that the conflict will not escalate beyond the actual parties. While picketing is, no doubt, a legislative weapon to be employed in a labour dispute by the employees against their employer, it should not be permitted to harm others.

It should be noted that McIntyre J. did not state, as indicated by the judge of first instance and the Court of Appeal, that third parties should be “insulated” from the effects of labour disputes. Rather, he expressed the opinion that picketing should not be permitted to harm others.

The s. 1 analysis in *Dolphin Delivery* is of limited assistance for the present appeal. Indeed McIntyre J. specifically stated that it was not necessary for him to express an opinion in s. 1. What followed was clearly *obiter* and not essential to his reasoning. That case involved a different factual framework and the issues raised have different constitutional foundations. In *Dolphin Delivery* the determination of the objective proceeded on the assumption that the anticipated picketing would involve conventional picket lines. The activity would be tortious, interfering with contractual rights of third parties. It was assumed that some employees of the picketed enterprise and other trade union members of customers would decline to cross the picket lines, and that the business would be disrupted to a considerable extent. See *Dolphin Delivery*, at p. 582.

It is important to note that a restriction on picketing activity was also considered in the case of *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214. There the Court found that picketing by the striking employees of

personnes et de salaires; la production et les services sont perturbés et les tensions générales au sein de la collectivité risquent d’être aggravées. Si la société tolère de tels conflits de travail, ce n’est qu’à titre de corollaire inévitable du processus de négociation collective. Il est en conséquence nécessaire dans l’intérêt général de la société que le piquetage soit réglementé et, parfois, limité. Il est raisonnable d’empêcher le piquetage de manière à limiter le conflit aux parties elles-mêmes. Bien que le piquetage constitue sans aucun doute une arme dont les employés peuvent légitimement se servir contre leur employeur dans un conflit de travail, il ne doit pas être permis d’y recourir pour nuire à d’autres personnes.

Il convient de souligner que, contrairement à ce qu’ont indiqué le juge de première instance et la Cour d’appel, le juge McIntyre n’a pas affirmé que les tiers devaient être «protégés» contre les effets des conflits de travail. Il a plutôt émis l’opinion qu’il ne devrait pas être permis de recourir au piquetage pour nuire à des tiers au conflit.

L’analyse fondée sur l’article premier faite dans *Dolphin Delivery* est d’un secours limité pour trancher le présent pourvoi. De fait, le juge McIntyre a expressément déclaré qu’il ne lui était pas nécessaire d’émettre d’opinion relativement à l’article premier. Les propos qu’il a tenus par la suite sont clairement des remarques incidentes, non essentielles à son raisonnement. Cette affaire portait sur des faits différents et soulevait des questions reposant sur des fondements constitutionnels différents. Dans l’affaire *Dolphin Delivery*, on a qualifié l’objectif en supposant que le piquetage prévu comporterait des lignes de piquetage classiques. Cette activité aurait un caractère délictuel en ce qu’elle porterait atteinte aux droits contractuels de tierces parties. On a supposé que certains employés de l’entreprise visée par le piquetage et d’autres syndiqués travaillant pour des clients refuseraient de franchir les lignes de piquetage, et que les activités de l’entreprise seraient considérablement perturbées. Voir l’arrêt *Dolphin Delivery*, à la p. 582.

Il importe de souligner que notre Cour s’est aussi penchée sur une restriction du piquetage dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214. Dans cette affaire, la Cour a conclu que le piquetage par les employés

36

37

the courthouse impeded public access to the courts and thus interfered with the rule of law, the very foundation of our justice system. It was again held that picketing fell within the ambit of freedom of expression; however, an injunction limiting the activity was considered reasonable because access to justice was of paramount importance.

38

In view of the potentially disruptive effects of the activity, there is little doubt that a substantial and pressing concern exists to ensure the regulation of conventional picketing. Conventional picketing is characterized by picket lines which have a "signal effect". It is often understood as attracting an automatic reflex response from workers, suppliers and consumers. Its existence impedes access to picketed sites. This impediment to movement may discourage some people from making rational choices based on persuasive discourse. The decision in *Dolphin Delivery* was not challenged and the analysis in the present case must proceed on the basis that restrictions on secondary picketing may be justified under s. 1 of the *Charter*. Whether restrictions on consumer leafleting are constitutionally valid will therefore depend on whether a distinction can be drawn between the conventional picketing at issue in *Dolphin Delivery* and the consumer leafleting in question here. The distinction between conventional picketing and consumer leafleting, pursuant to *Charter* considerations, is therefore the gist of the present appeal.

(a) *Distinction Between Traditional Picketing and Consumer Leafleting*

39

Picketing is an important form of expression in our society and one that is constitutionally protected. In *B.C.G.E.U.* Dickson C.J. held that picketing is an "essential component of a labour relations regime founded on the right to bargain collectively and to take collective action" (p. 230). Dickson C.J. referred to *Harrison v. Carswell*,

en grève du palais de justice entravait l'accès du public aux tribunaux et portait ainsi atteinte à la primauté du droit, le fondement même de notre système de justice. Bien qu'il ait été jugé que le piquetage était visé par la liberté d'expression, il a cependant été décidé qu'une injonction limitant cette activité était raisonnable en raison de l'importance primordiale de l'accès à la justice.

Compte tenu des effets potentiellement perturbateurs de cette activité, il y a peu de doute qu'il existe une préoccupation urgente et réelle justifiant de réglementer le piquetage classique. Le piquetage classique se caractérise par des lignes de piquetage qui ont un «effet de signal». Il est souvent perçu comme ayant pour effet de susciter une réaction automatique de la part des travailleurs, des fournisseurs et des consommateurs. L'existence d'une ligne de piquetage entrave l'accès aux lieux visés. Cette entrave à la circulation peut décourager certaines personnes de faire des choix rationnels, fondés sur une présentation convaincante. La décision dans l'affaire *Dolphin Delivery* n'a pas été attaquée et, en l'espèce, l'analyse doit être faite en posant comme prémisses que des restrictions visant le piquetage secondaire peuvent être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. La validité de restrictions visant la distribution de tracts aux consommateurs dépendra par conséquent de la réponse à la question de savoir s'il est possible de faire une distinction entre le piquetage classique en litige dans l'affaire *Dolphin Delivery* et la distribution de tracts aux consommateurs en cause dans la présente espèce. Le point central du présent pourvoi est donc la distinction entre le piquetage classique et la distribution de tracts aux consommateurs, au regard de considérations fondées sur la *Charte*.

a) *Distinction entre le piquetage classique et la distribution de tracts aux consommateurs*

Dans notre société, le piquetage est une forme d'expression importante, qui est protégée par la Constitution. Dans *B.C.G.E.U.*, le juge en chef Dickson a conclu que le piquetage «représente un élément primordial d'un système de relations du travail fondé sur le droit de négocier collectivement et de prendre des mesures collectives»

[1976] 2 S.C.R. 200, where a majority of this Court stated at p. 219:

Society has long since acknowledged that a public interest is served by permitting union members to bring economic pressure to bear upon their respective employers through peaceful picketing. . . .

There can be no doubt that picketing is an exercise of freedom of expression. Yet its trademark is the picket line, which has been described as a “signal” not to cross. Whatever may be its message, the picket line acts as a barrier. It impedes public access to goods or services, employees’ access to their workplace, and suppliers’ access to the site of deliveries. As Dickson C.J. pointed out in *B.C.G.E.U.*, “[p]icketing sends a strong and automatic signal: do not cross the line lest you undermine our struggle; this time we ask you to help us by not doing business with our employer; next time, when you are on strike, we will respect your picket line and refuse to conduct business with your employer” (p. 231). As Paul Weiler notes, this refusal to cross the picket line is not based solely on rational discourse between the picketer and the observer. In *Reconcilable Differences* (1980), at p. 79, he wrote:

The crucial variable determining the impact of peaceful picketing is whether it is addressed to unionized workers. That kind of picket line operates as a signal, telling union members not to cross. Certainly in British Columbia the response is automatic, almost Pavlovian. That response is triggered by a number of factors: the sense of solidarity among members of the general trade-union movement; an appreciation that it is in the self-interest of each to honour the other fellow’s picket line because in their own dispute they will want the same reaction from other workers; a concern for the social pressures and ostracism of other workers if they do not conform to the trade union ethic; the likelihood that they will face serious discipline from their own trade union. It might even cost them their jobs, if they defy that ethic and cross a picket line approved by the trade union movement. In the final analysis, the legal treatment of

(p. 230). Il a cité l’arrêt *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, où notre Cour à la majorité a dit, à la p. 219:

La société reconnaît depuis longtemps qu’il est dans l’intérêt public de permettre aux syndiqués d’exercer une pression économique sur leurs employeurs en faisant du piquetage pacifique. . . .

Il ne fait aucun doute que le piquetage est une forme d’exercice de la liberté d’expression. Toutefois, sa caractéristique est la ligne de piquetage, qui a été décrite comme un «signal» de ne pas aller plus loin. Quel que soit son message, la ligne de piquetage a l’effet d’une barrière. Elle entrave l’accès du public aux biens ou services d’une entreprise, ainsi que l’accès des employés à leur lieu de travail et l’accès des fournisseurs aux lieux de livraison. Comme l’a souligné le juge en chef Dickson dans *B.C.G.E.U.*, «[l]e piquetage transmet un message puissant et automatique: ne franchissez pas la ligne de crainte de nous nuire dans notre lutte; cette fois-ci nous vous demandons de nous aider en ne faisant pas affaire avec notre employeur; la prochaine fois, quand c’est vous qui serez en grève, nous respecterons votre ligne de piquetage et refuserons de faire affaire avec votre employeur» (p. 231). Comme le signale Paul Weiler, ce refus de franchir la ligne de piquetage n’est pas fondé uniquement sur un échange rationnel entre le piqueteur et l’observateur. Dans son ouvrage *Reconcilable Differences* (1980), à la p. 79, l’auteur a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] La question cruciale lorsqu’il s’agit de déterminer les répercussions d’un piquetage pacifique est celle de savoir s’il est destiné aux travailleurs syndiqués. En pareil cas, la ligne de piquetage constitue un signal aux syndiqués, leur disant de ne pas la franchir. Certes, en Colombie-Britannique, la réaction est automatique, tenant presque d’un réflexe conditionné. Cette réaction est attribuable à plusieurs facteurs: le sentiment de solidarité entre les membres du mouvement syndical en général; la conscience qu’il est dans l’intérêt de chacun de respecter la ligne de piquetage de l’autre parce que, dans un conflit de travail, on voudrait que les autres travailleurs en fassent autant; l’inquiétude quant aux pressions sociales et à l’ostracisme d’autres travailleurs si on ne se conforme pas à l’éthique syndicale; la probabilité que son propre syndicat prendra des mesures disciplinaires sévères. Il se peut même que des syndiqués

picketing must rest upon a realistic appraisal of its industrial relations role. The picket line is much more than the simple exercise of a worker's freedom of expression. In a heavily unionized community it is an effective trigger to a work stoppage by a group of employees. [Emphasis added.]

perdent leur emploi si, au mépris de cette éthique, ils franchissent une ligne de piquetage approuvée par le mouvement syndical. En dernière analyse, le traitement juridique du piquetage doit reposer sur une évaluation réaliste du rôle qu'il joue dans les relations industrielles. La ligne de piquetage représente beaucoup plus que le simple exercice de la liberté d'expression des travailleurs. Dans une collectivité fortement syndiquée, c'est un déclencheur effectif d'un arrêt de travail chez un groupe d'employés. [Je souligne.]

41 Picket lines constitute a formidable barrier. There is a reluctance in Canadian society to cross a picket line. This was recognized by the Labour Relations Board in *Canada Safeway Ltd. v. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213* (1987), 16 C.L.R.B.R. (N.S.) 1, when it held (at p. 15) that:

Les lignes de piquetage constituent de formidables barrières. Au sein de la société canadienne, les citoyens sont réticents à franchir une ligne de piquetage. Ce fait a été reconnu par la commission des relations du travail de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Canada Safeway Ltd. c. International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213* (1987), 16 C.L.R.B.R. (N.S.) 1, qui a tiré la conclusion suivante (à la p. 15):

... even members of the public at large, who may not share the trade union ethic, are generally reluctant to confront persons acting as pickets. Leaving aside instances of verbal threats, physical assault or other conduct going beyond mere peaceful picketing, there is undoubtedly an element of social pressure associated with picketing. One hesitates before being seen crossing a picket line or acting contrary to the objectives of the pickets. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] ... même les membres du grand public, qui peuvent bien ne pas partager les préceptes syndicaux, sont généralement réticents à défier les personnes qui agissent comme piquets de grève. Même en excluant les cas de menaces verbales, d'agression physique ou d'autres comportements plus violents que le simple piquetage pacifique, le piquetage conserve indubitablement un élément de pression sociale. Chacun hésite à être perçu comme quelqu'un qui franchit une ligne de piquetage ou qui agit à l'encontre des objectifs des piqueteurs. [Je souligne.]

42 The decision for people, whether employees, suppliers or consumers, not to cross the picket line may be based on its coercive effect rather than the persuasive force of the picketers. As the Board noted (at p. 54), "picketing is both a signal and the exercise of freedom of expression". It is the "signal" component of conventional picketing which attracts the need for regulation and restriction in some circumstances. "Because it is an exercise of freedom of expression, it deserves constitutional protection; yet because it is a signal, it needs to be regulated and restricted." In *Dolphin Delivery*, the "signal" effect of the activity impeded employees trying to reach their workplace. While that pressure may be properly applied against the primary employer, when it is brought against a

La décision que prend une personne — qu'elle soit employé, fournisseur ou consommateur — de ne pas franchir la ligne de piquetage peut être fondée sur l'effet coercitif du piquetage plutôt que sur la force de persuasion des piqueteurs. Comme l'a souligné la commission (à la p. 54), [TRADUCTION] «le piquetage est à la fois un signal et une forme d'exercice de la liberté d'expression». C'est l'aspect «signal» du piquetage classique qui entraîne la nécessité de le réglementer et de le restreindre dans certaines circonstances. «Comme il est une forme d'exercice de la liberté d'expression, il mérite d'être protégé par la Constitution, mais, comme il est également un signal, il est nécessaire de le réglementer et de l'assortir de restrictions.» Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, l'effet de «signal» de l'activité gênait les employés qui tentaient de se rendre à leur lieu de travail. Même si cette pression

neutral party by means of secondary picketing then it may not be permissible.

Consumer leafleting is very different from a picket line. It seeks to persuade members of the public to take a certain course of action. It does so through informed and rational discourse which is the very essence of freedom of expression. Leafleting does not trigger the “signal” effect inherent in picket lines and it certainly does not have the same coercive component. It does not in any significant manner impede access to or egress from premises. Although the enterprise which is the subject of the leaflet may experience some loss of revenue, that may very well result from the public being informed and persuaded by the leaflets not to support the enterprise. Consequently, the leafleting activity if properly conducted is not illegal at common law. In the absence of independently tortious activity, protection from economic harm resulting from peaceful persuasion, urging a lawful course of action, has not been accepted at common law as a protected legal right. See J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at pp. 765-77. Significantly, the harmful effects that flow from leafleting do not differ from those which would result from a consumer boycott campaign conducted by permissible means. In fact it is well nigh impossible to distinguish between the situation whereby consumers are informed and persuaded not to buy through leafleting at the place of purchase, and the situation whereby the same consumers are informed and persuaded not to buy through leaflets delivered to the mailbox, newspaper advertising, internet mailing or billboards and posters.

(b) *The Labour Board’s Position on Leafleting*

The Board declined to make a distinction between picketing and leafleting. It put forward two reasons. First, the Board was concerned that

peut à bon droit être exercée contre l’employeur principal, elle peut ne pas être permise si elle est exercée contre une partie neutre au moyen du piquetage secondaire.

La distribution de tracts aux consommateurs est une activité très différente d’une ligne de piquetage. Elle vise à persuader des membres du public d’adopter une certaine ligne de conduite. Elle y tend au moyen d’une discussion informée et rationnelle qui constitue l’essence même de la liberté d’expression. La distribution de tracts ne déclenche pas l’effet de «signal» propre aux lignes de piquetage, et elle ne comporte certes pas le même élément coercitif. Elle n’entrave d’aucune façon significative l’accès aux entrées ou aux sorties des lieux touchés. Quoiqu’il soit possible que l’entreprise visée par la distribution de tracts subisse une perte de revenus, cela peut fort bien résulter du fait que le public est informé et persuadé de ne pas l’encourager. Par conséquent, si elle est exécutée adéquatement, la distribution de tracts n’est pas une activité illégale en common law. En l’absence d’activité délictuelle distincte, la common law ne reconnaît pas, en tant que droit protégé, la protection contre les préjudices financiers découlant de moyens de persuasion pacifiques prônant une ligne de conduite licite. Voir J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9<sup>e</sup> éd. 1998), aux pp. 765 à 777. Qui plus est, les effets préjudiciables découlant de la distribution de tracts ne diffèrent pas des conséquences d’une campagne de boycottage de consommation menée à l’aide de moyens permis. En fait, il est pratiquement impossible d’établir une distinction entre la situation où les consommateurs sont informés et persuadés de ne pas acheter par la distribution de tracts aux points de vente et la situation où ces mêmes consommateurs sont informés et persuadés de ne pas acheter au moyen de tracts expédiés par la poste, d’annonces dans les journaux, de messages sur Internet, de panneaux publicitaires ou d’affiches.

(b) *La position de la commission sur la distribution de tracts*

La commission a refusé d’établir une distinction entre le piquetage et la distribution de tracts. Elle a avancé deux raisons pour motiver ce refus. Premiè-

leafleting, in some circumstances, might function in the same manner as picketing with the result that the distinction would allow parties to circumvent the regulation of picketing by means of leafleting. Yet by setting out its guidelines for permissible leafleting, the Board impliedly recognized that this could not be the rationale for declining to distinguish the two activities.

45

The second concern expressed by the Board was that leafleting and picketing share the same objective — to bring economic pressure to bear in support of a labour dispute. The same concern was raised by the British Columbia Supreme Court. In assessing the constitutional value of consumer leafleting, and holding that it was similar to picketing, Huddart J. relied on the motivation of the appellant in pursuing the activity. She held (at p. 191) that “[t]he purpose of consumer leafleting cannot be separated from the interest of the [appellant] in pursuing it. Here the [appellant]’s interest is exactly the same as that of a conventional picket line, to put economic pressure on the primary employer to resolve the dispute.” Further Huddart J. wrote that she agreed “with the majority [of the Board] that leafleting during a labour dispute at an employer’s non-struck location for the purpose of persuading potential customers not to do business with that employer is primarily an economic weapon in that private dispute between sophisticated parties, intended to cause economic harm.” It is true that both leafleting and secondary picketing seek to achieve the same objective, that is to bring economic pressure on the employer.

46

However, it is the means utilized to achieve that pressure which distinguishes these actions. The public has a right to know the factual background

remment, elle craignait que, dans certaines circonstances, la distribution de tracts se déroule de la même façon que le piquetage et que, en conséquence, une telle distinction permette aux parties de contourner la réglementation du piquetage en recourant à la distribution de tracts. Toutefois, en exposant ses lignes directrices en matière de distribution de tracts permise, la commission a implicitement reconnu que cette raison ne pouvait fonder son refus d’établir une distinction entre ces deux activités.

La deuxième raison avancée par la commission avait trait au fait que la distribution de tracts et le piquetage partagent le même objectif — à savoir l’exercice de pressions financières dans le cadre d’un conflit de travail. Cette préoccupation avait été soulevée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pour déterminer la valeur de la distribution de tracts sur le plan constitutionnel et conclure que cette activité était analogue au piquetage, Madame le juge Huddart s’est fondée sur la motivation de l’appelant à recourir à cette activité. Elle a conclu (à la p. 191) que [TRADUCTION] «[l]’objectif visé par la distribution de tracts aux consommateurs ne peut être distingué de l’intérêt qu’a [l’appelant] à recourir à ce moyen. En l’espèce, l’intérêt de [l’appelant] est exactement le même que celui visé par ceux qui recourent à la ligne de piquetage classique, c’est-à-dire l’application de pressions financières sur l’employeur principal afin de résoudre le conflit.» Le juge Huddart a aussi écrit qu’elle était d’accord [TRADUCTION] «avec la majorité [de la commission] que la distribution de tracts au cours d’un conflit de travail à l’établissement d’un employeur non visé par la grève afin de persuader des clients potentiels de celui-ci de ne pas faire affaire avec lui est avant tout une arme économique, utilisée afin de causer un préjudice financier dans ce conflit privé opposant des parties avisées.» Il est vrai que tant la distribution de tracts que le piquetage secondaire tendent au même objectif, c’est-à-dire l’application de pressions financières sur l’employeur.

Toutefois, c’est le moyen utilisé pour exercer ces pressions qui distinguent ces deux types de mesures. Le public a le droit de connaître la nature

and nature of a labour dispute. Indeed it is often the weight of public opinion which will determine the outcome of the dispute. Information regarding the factual background and the position of the parties may be very properly disseminated by them. For example, this may be achieved by a party purchasing space in newspapers or billboards or by purchasing time for announcements to be made by radio or television. In most labour disputes, it is far more likely that the employer will be able to afford and utilize these means of putting forward its position. Fairness dictates that employees should be able to put forward their position to the public by distributing leaflets in the manner adopted by the appellant in this case.

Yet, with respect, I do not believe that the appellant's motivation for pursuing the activity is pertinent to the constitutional review of consumer leafleting. The relevant comparison between conventional picketing and consumer leafleting must focus on the respective effects of the two forms of expression and not on the motivations in pursuing the activity. As McLachlin J. observed in *RJR-MacDonald*, at para. 171:

While this Court has stated that restrictions on commercial speech may be easier to justify than other infringements, no link between the claimant's motivation and the degree of protection has been recognized. Book sellers, newspaper owners, toy sellers — all are linked by their shareholders' desire to profit from the corporation's business activity, whether the expression sought to be protected is closely linked to the core values of freedom of expression or not. In my view, motivation to profit is irrelevant to the determination of whether the government has established that the law is reasonable or justified as an infringement of freedom of expression. [Emphasis added.]

Similarly, motivation to bring economic pressure to bear upon the employer is irrelevant to the determination of whether the respondent has established that the restriction is reasonable or justified as an infringement of freedom of expression.

et les faits d'un conflit de travail. De fait, c'est souvent le poids de l'opinion publique qui détermine l'issue de ce conflit. Des renseignements concernant les faits d'un conflit et la position respective des parties peuvent à très juste titre être diffusée par celles-ci. Par exemple, elles peuvent le faire en achetant soit de l'espace dans des journaux ou sur des panneaux publicitaires soit du temps d'antenne pour diffuser des messages à la radio ou à la télévision. Dans la plupart des conflits de travail, les chances sont beaucoup plus grandes que l'employeur ait les moyens de recourir à ces méthodes en vue de faire connaître sa position et que, dans les faits, il le fasse. L'équité commande que les employés puissent faire connaître leur position au public en distribuant des tracts de la manière retenue par l'appelant en l'espèce.

Avec égards, toutefois, je ne crois pas que la motivation de l'appelant à recourir à cette activité soit pertinente dans le cadre du contrôle de la validité constitutionnelle de la distribution de tracts aux consommateurs. La comparaison utile entre le piquetage classique et la distribution de tracts aux consommateurs doit s'attacher aux effets respectifs de ces deux formes d'expression plutôt qu'aux raisons pour lesquelles on y recourt. Comme l'a fait observer le juge McLachlin dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, au par. 171:

Bien qu'elle ait affirmé que des restrictions au discours commercial puissent être plus faciles à justifier que d'autres violations, notre Cour n'a pas reconnu de lien entre la motivation d'une demanderesse et le degré de protection accordée. Les libraires, les propriétaires de journaux, les vendeurs de jouets ont tous en commun le désir des actionnaires de tirer profit de l'activité commerciale de la compagnie, que l'expression que l'on veut protéger soit ou non étroitement liée aux valeurs fondamentales de la liberté d'expression. À mon avis, la volonté de faire un profit ne constitue pas une considération pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le gouvernement a établi que la loi est raisonnable ou justifiée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression. [Je souligne.]

De même, la motivation derrière l'application de pressions financières sur l'employeur n'est pas pertinente pour décider si l'intimée a établi que la restriction est raisonnable ou justifiée en tant qu'atteinte à la liberté d'expression. Le piquetage

Picketing and consumer leafleting have fundamentally different effects. While the former uses coercion and obedience to a picket line to impede public access to an enterprise, the latter attempts to rationally persuade consumers to take their business elsewhere. Consumer leafleting is much more akin to a consumer boycott achieved through radio or newspaper advertisement than it is to conventional picketing.

(c) *The Position of the Attorney General of British Columbia on Leafleting*

48

The Attorney General of British Columbia intervened to defend the legislative restriction on secondary picketing. However this intervener did not consider the very real distinction which exists between picketing and consumer leafleting. The Attorney General noted that both activities share similar attributes, including the presence of persons, and then relied upon the following passage from A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986). At pp. 609-10 the authors wrote:

Ingredients common to the act of picketing in all jurisdictions appear to be the physical presence of persons called pickets, the conveying of information, and the object of persuasion. The "presence" element may take many forms, from one or two persons, in the vicinity of the entrance of the premises, comparatively indifferent to the outcome of the dispute, to large numbers calculated physically to prevent ingress and egress. . . . The conveying of information may also take many forms, from the use of handbills, arm bands, placards and sandwich boards to sound trucks, and from the recitation of events to the conveying of exhortative messages. The object of persuasion appears to remain constant, to induce a boycott of the picketed operations by employees, customers, suppliers and others on whom the employer is dependent for the successful operation of his enterprise.

et la distribution de tracts aux consommateurs ont des effets fondamentalement différents. Alors que la première activité fait appel à la coercition et au respect d'une ligne de piquetage pour entraver l'accès du public à une entreprise, la deuxième tente de persuader rationnellement les consommateurs de faire leurs achats ailleurs. La distribution de tracts aux consommateurs s'apparente davantage à un boycottage de consommation au moyen d'annonces à la radio ou dans les journaux qu'au piquetage classique.

c) *La position du procureur général de la Colombie-Britannique sur la distribution de tracts*

Le procureur général de la Colombie-Britannique est intervenu afin de défendre les restrictions imposées par la loi en matière de piquetage secondaire. Toutefois, cet intervenant n'a pas considéré la distinction très concrète qui existe entre le piquetage et la distribution de tracts aux consommateurs. Le procureur général a souligné que les deux activités partagent des attributs similaires, notamment la présence de personnes, puis il s'est fondé sur l'extrait suivant de l'ouvrage de A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1986). Aux pp. 609 et 610, les auteurs ont écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Dans tous les ressorts, les éléments communs du piquetage semblent être la présence physique de personnes appelées piqueteurs, la communication de renseignements et l'objectif visé par l'effort de persuasion. L'élément «présence» peut prendre plusieurs formes, allant de la présence d'une à deux personnes qui se tiennent à proximité de l'entrée des lieux et qui sont relativement indifférentes à l'issue du conflit, à un grand nombre de personnes déployées de façon à empêcher les gens d'entrer et de sortir. [ . . . ] La communication de renseignements peut elle aussi prendre plusieurs formes, allant de l'utilisation de tracts, de brasons, d'affiches et de tableaux-annonces à celle de camions de sonorisation, et allant de l'énumération de certains faits à l'expression de messages d'exhortation. L'objectif visé par l'effort de persuasion semble demeurer constant, savoir amener le boycottage des activités visées par le piquetage par les employés, les clients, les fournisseurs et d'autres personnes dont l'employeur dépend pour le succès de son entreprise.

In this passage, the authors take note of the constitutive elements of picketing as it has been defined by Canadian legislation and the common law. Such a definition of picketing may indeed be consistent with the provisions of the Code and its interpretation by the Board in this case. Obviously in the absence of a *Charter* violation, the legislature is entitled to define what constitutes picketing and the Board is entitled to deference in interpreting such a definition. However, whether the definition in the Code is consistent with the common law cannot resolve the question. Rather, the issue in this case is whether the statutory definition of picketing violates the *Charter* guarantee of freedom of expression.

More appropriate to this issue is the observation of the authors of *Collective Bargaining Law in Canada* that restrictions on consumer-directed activity are more difficult to justify. They note that leafleting lacks the tortious element which has traditionally been used to justify restrictions on picketing. At pp. 716-17 they wrote:

Pickets are appealing to the secondary's employees to breach their employment contracts or collective agreements. Because of the credo of loyalty to the picket line, the probability of these breaches occurring is significant — so also is the probability of the employees of suppliers or customers of the secondary refusing to cross the line. . . . Spillovers which may have serious economic effects on the secondary and others are unavoidable. Many of the possible restrictions and limitations suggested in the previous discussion of production picketing were designed to limit the probability of such consequences. . . .

Limitations on consumer-directed activity are not as easy to justify. Unlike employee picketing, a consumer boycott does not induce secondary employees to break their employment contracts, nor does it cause suppliers to break their supply contracts. It merely appeals to consumers to make an independent decision to refuse to purchase the offending product. Such an appeal affects

Dans ce passage, les auteurs décrivent les éléments constitutifs du piquetage tel qu'il a été défini par la législation canadienne et la common law. De fait, il est possible qu'une telle définition du piquetage soit conforme aux dispositions du Code et à l'interprétation que la commission en a donnée en l'espèce. Manifestement, en l'absence de violation de la *Charte*, la législature a le droit de définir le piquetage et la commission a droit à ce que les tribunaux fassent montre de retenue à l'égard de l'interprétation qu'elle fait de cette définition. Toutefois, il ne suffit pas, pour trancher la question, de se demander si la définition du Code est conforme à la common law. La question en litige consiste plutôt à déterminer si la définition législative de piquetage porte atteinte à la garantie de liberté d'expression prévue par la *Charte*.

Constitue une remarque plus à-propos à l'égard de cette question l'observation des auteurs de l'ouvrage *Collective Bargaining Law in Canada* que les restrictions auxquelles sont assujetties les activités axées sur les consommateurs sont plus difficiles à justifier. Ceux-ci signalent que la distribution de tracts ne comporte pas l'élément délictuel traditionnellement invoqué pour justifier les restrictions imposées en matière de piquetage. Les auteurs ont écrit ce qui suit, aux pp. 716 et 717:

[TRADUCTION] Les piqueteurs incitent les employés de l'entreprise secondaire à ne pas respecter leur contrat de travail ou leur convention collective. En raison du credo relatif à la loyauté ouvrière en matière de lignes de piquetage, la probabilité de tels manquements est grande — il en va de même de la probabilité que les employés de fournisseurs ou de clients de l'employeur secondaire refusent de franchir la ligne [. . .] Les débordements susceptibles d'entraîner de graves conséquences financières pour l'employeur secondaire et pour d'autres personnes sont inévitables. Bon nombre des restrictions et limitations possibles suggérées dans l'analyse faite précédemment à l'égard du piquetage de production visaient à restreindre la probabilité de telles conséquences. . . .

Les limites imposées à l'égard des activités axées sur les consommateurs ne sont pas aussi faciles à justifier. À la différence du piquetage visant les employés, le boycottage de consommation n'incite pas des employés secondaires à ne pas respecter leur contrat de travail, pas plus qu'il n'amène des fournisseurs à ne pas se conformer à leur contrat d'approvisionnement. Il ne fait

demand for the product, and the secondary will be induced to decrease or limit orders for the product. But the union is not coercing an unlawful act, because any person is entitled to make consumption decisions on whatever ground he desires.

qu'inviter les consommateurs à décider de façon indépendante de refuser d'acheter le produit dénoncé. Une telle invitation a un effet sur la demande du produit, et l'entreprise secondaire sera amenée à réduire ou à limiter les commandes de ce produit. Toutefois, le syndicat ne contraint personne à accomplir un acte illicite, car chacun a droit de fonder ses décisions de consommation sur les motifs de son choix.

A labour picket is different from other means of communication because of the "signal" effect that it can have. . . .

Le piquet de grève diffère des autres moyens de communication en raison de l'effet de «signal» qu'il peut avoir. . . .

50

See also J. A. Manwaring, "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 413. At pp. 432-33 the author wrote:

Voir également J. A. Manwaring, «Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*» (1987), 19 *R.D. Ottawa* 413. Aux pages 432 et 433, l'auteur a écrit ceci:

If the *Charter* protection for freedom of expression has any substance, it must protect the right to speak out on controversial issues such as disputes over wages and working conditions. Sometimes the speech will provoke action. If the speech is peaceful and is not accompanied by any unlawful acts, and if the actions taken as a result of the speech are themselves lawful, it is difficult to justify restraining freedom of expression solely on the basis that some people may agree with the views expressed.

[TRADUCTION] Si la protection de la liberté d'expression garantie par la Charte a quelque substance, elle doit protéger le droit de s'exprimer sur des questions controversées comme les conflits relatifs à la rémunération et aux conditions de travail. Il arrive parfois que la parole incite à l'action. Si le discours est pacifique et qu'il ne s'accompagne d'aucun acte illicite, et si les actions prises par suite du discours sont en soi licites, il est difficile de justifier la restriction de la liberté d'expression en se fondant uniquement sur le fait que certaines personnes peuvent être d'accord avec les vues exprimées.

I agree with this position. It follows that I cannot accept the position of the Attorney General that conventional picketing and leafleting are indistinguishable. They are distinct and different activities.

Je souscris à cette position. Il s'ensuit que je ne puis accepter la thèse du procureur général qu'il est impossible de distinguer le piquetage classique et la distribution de tracts. Il s'agit d'activités distinctes.

(d) *The American Position on Leafleting*

d) *La position américaine sur la distribution de tracts*

51

The American jurisprudence supports a conceptual distinction between conventional picketing and consumer leafleting and accepts that these two forms of expression raise significantly different constitutional issues. The United States Supreme Court has taken a different approach to freedom of expression and care must be taken not to blindly apply their decisions. However, it is helpful to

La jurisprudence américaine étaye l'existence d'une distinction conceptuelle entre le piquetage classique et la distribution de tracts aux consommateurs, et elle accepte que ces deux formes d'expression soulèvent des questions constitutionnelles très différentes. La Cour suprême des États-Unis a adopté une approche différente à l'égard de la liberté d'expression et il faut prendre garde de ne

review the American experience and learning on the subject.

In *Edward J. DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988), the United States Supreme Court strongly suggested that restrictions on leafleting might violate the First Amendment. The union was distributing handbills to potential customers of mall stores seeking to dissuade them from shopping in the mall until the owner promised that all construction work would be done by contractors paying fair wages. The union was seeking a consumer boycott of the stores, not a secondary strike by their employees. The court recognized that consumer leafleting and picketing raise significantly different constitutional issues and that the prohibition of leafleting pursuant to § 8(b)(4) of the *National Labor Relations Act* could raise serious questions of its validity under the First Amendment. However, it chose to interpret the prohibition as not including handbilling, holding that there was no clear congressional intent to ban that activity. At pp. 575-76, the court wrote:

The handbills involved here truthfully revealed the existence of a labor dispute and urged potential customers of the mall to follow a wholly legal course of action, namely, not to patronize the retailers doing business in the mall. The handbilling was peaceful. No picketing or patrolling was involved. On its face, this was expressive activity arguing that substandard wages should be opposed by abstaining from shopping in a mall where such wages were paid. Had the union simply been leafletting the public generally, including those entering every shopping mall in town, pursuant to an annual educational effort against substandard pay, there is little doubt that legislative proscription of such leaflets would pose a substantial issue of validity under the First Amendment. The same may well be true in this case, although here the handbills called attention to a specific

pas appliquer aveuglément ses décisions. Toutefois, il est utile de se renseigner sur le sujet en faisant une revue de l'expérience américaine.

Dans *Edward J. DeBartolo Corp. c. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988), la Cour suprême des États-Unis a fermement indiqué que l'imposition de restrictions à la distribution de tracts pourrait violer le Premier amendement. Dans cette affaire, le syndicat distribuait à des clients potentiels d'établissements d'un centre commercial des tracts visant à les dissuader de faire leurs achats dans ce centre tant que le propriétaire n'aurait pas fait la promesse que tous les travaux de construction seraient exécutés par des entrepreneurs versant de justes salaires à leurs employés. Le syndicat voulait obtenir un boycottage de consommation des magasins visés et non une grève secondaire de leurs employés. La Cour suprême des États-Unis a reconnu que la distribution de tracts aux consommateurs et le piquetage soulèvent des questions constitutionnelles très différentes et que de sérieuses questions pourraient se soulever quant à la validité, au regard du Premier amendement, de l'interdiction de distribuer des tracts fondée sur § 8(b)(4) de la *National Labor Relations Act*. Elle a toutefois choisi de considérer que l'interdiction n'incluait pas la distribution de tracts, concluant à l'absence d'une intention claire du Congrès d'interdire cette activité. Aux pp. 575 et 576, la cour a écrit ceci:

[TRADUCTION] Les tracts en cause dans la présente espèce révélaient l'existence d'un conflit de travail et incitaient les clients potentiels du centre commercial à suivre une ligne d'action totalement licite, à savoir ne pas encourager les détaillants faisant affaire dans le centre commercial. La distribution de tracts se déroulait pacifiquement. Elle ne comportait ni piquetage ni patrouille. A priori, il s'agissait d'une activité expressive invitant les lecteurs à manifester leur opposition au paiement de salaires inférieurs aux normes en s'abstenant de magasiner dans un centre commercial où de tels salaires étaient versés. Si le syndicat avait simplement distribué des tracts au public en général, y compris aux personnes entrant dans chacun des centres commerciaux de la ville, dans le cadre d'une campagne annuelle d'information sur les salaires inférieurs aux normes, il fait peu de doute que l'interdiction législative frappant de tels tracts soulèverait une question substantielle de

situation in the mall allegedly involving the payment of unacceptably low wages by a construction contractor.

That a labor union is the leafletter and that a labor dispute was involved does not foreclose this analysis.

At p. 580 the court wrote:

The loss of customers because they read a handbill urging them not to patronize a business, and not because they are intimidated by a line of picketers, is the result of mere persuasion, and the neutral who reacts is doing no more than what its customers honestly want it to do.

53 Relying on its previous decision in *Babbitt, Governor of Arizona v. United Farm Workers National Union*, 442 U.S. 289 (1979), the court held that picketing was “qualitatively ‘different from other modes of communication’” (p. 580). Further, the court quoted with approval the following passage of the concurring reasons of Stevens J. in *NLRB v. Retail Store Employees Union, Local 1001*, 447 U.S. 607 (1980). At p. 619 he wrote that:

... picketing is a mixture of conduct and communication. In the labor context, it is the conduct element rather than the particular idea being expressed that often provides the most persuasive deterrent to third persons about to enter a business establishment. . . . Indeed, no doubt the principal reason why handbills containing the same message are so much less effective than labor picketing is that the former depend entirely on the persuasive force of the idea.

54 In *Bakery Drivers Local 802 v. Wohl*, 315 U.S. 769 (1942), Douglas J. in a concurring opinion wrote at pp. 776-77 that:

Picketing by an organized group is more than free speech, since it involves patrol of a particular locality and since the very presence of a picket line may induce action of one kind or another, quite irrespective of the nature of the ideas which are being disseminated. Hence

validité au regard du Premier amendement. Il pourrait fort bien en être ainsi dans la présente espèce, même si les tracts attireraient l’attention sur une situation particulière du centre où un entrepreneur en construction payait des salaires bas.

Le fait que ce soit un syndicat qui distribuait les tracts et qu’un conflit de travail ait existé n’empêchait en rien de faire cette analyse.

À la p. 580, la cour a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le fait qu’une entreprise perde des clients parce qu’ils ont lu un tract les invitant à ne pas l’encourager, et non parce qu’ils sont intimidés par une ligne de piquetage, est le résultat d’efforts de persuasion uniquement, et la partie neutre qui réagit ne fait que ce que ses clients veulent honnêtement qu’elle fasse.

En se fondant sur sa décision antérieure dans l’affaire *Babbitt, Governor of Arizona c. United Farm Workers National Union*, 442 U.S. 289 (1979), la Cour suprême des États-Unis a conclu que le piquetage était [TRADUCTION] «qualitativement différent d’autres modes de communication» (p. 580). Elle a en outre repris le passage suivant des motifs concordants du juge Stevens dans l’affaire *NLRB c. Retail Store Employees Union, Local 1001*, 447 U.S. 607 (1980), qui a écrit ce qui suit, à la p. 619:

[TRADUCTION] . . . le piquetage est un mélange de comportement et de communication. Dans le contexte des relations du travail, c’est l’élément comportement plutôt que l’idée particulière énoncée qui, souvent, fournit aux tiers qui s’apprêtent à entrer dans un établissement commercial le motif de dissuasion le plus persuasif [. . .] De fait, il ne fait aucun doute que la principale raison pour laquelle la distribution de tracts communiquant le même message qu’un piquetage syndical est beaucoup moins efficace que le piquetage est le fait que la première activité dépend entièrement de la force persuasive de l’idée.

Dans l’arrêt *Bakery Drivers Local 802 c. Wohl*, 315 U.S. 769 (1942), le juge Douglas a dit ceci, dans ses motifs concordants, aux pp. 776 et 777:

[TRADUCTION] Le piquetage par un groupe organisé constitue plus que le simple exercice de la liberté d’expression, puisqu’il comporte la patrouille d’un lieu particulier et que la simple présence d’une ligne de piquetage peut inciter à agir d’une manière ou d’une autre, indépendamment de la nature des idées qui sont communiquées. Par conséquent, en raison de ces aspects le

those aspects of picketing make it the subject of restrictive regulation. [Emphasis added.]

This passage was quoted with approval by the Court in *Hughes v. Superior Court of California for Contra Costa County*, 339 U.S. 460 (1950), at pp. 464-65, and *International Brotherhood of Teamsters, Local 695 v. Vogt, Inc.*, 354 U.S. 284 (1957), at p. 289. It was also quoted with approval by Stevens J. in *NLRB v. Retail Store Employees Union*, *supra*, at p. 619.

This review indicates that conventional picketing can and should be distinguished from many forms of leafleting. The activity of leafleting can be carried out in a permissible manner that is innocuous and appropriate in the labour relations context. Yet no matter how innocuous and valid a method of expression it may be that it would be prohibited by the impugned legislation.

(e) *Permissible Leafleting*

In deciding whether the consumer leafleting activity in question is acceptable, it will be important to determine whether consumers are able to determine for themselves what course of action to take without being unduly disrupted by the message of the leaflets or the manner in which it was distributed. Consumers must retain the ability to choose either to stop and read the material or to ignore the leafleter and enter the neutral site unimpeded. Did the prospective customer turn away because of the accurate and rational arguments put forward in the leaflets, the persuasive discourse of the leafleter or because of the intimidating manner in which the activity was conducted?

The Board was concerned with the difficulty of distinguishing between picketing and leafleting. At p. 66 this appears:

Although it may initially appear that a clear distinction can be made between both the conduct of leafleting (handing out written material) and the effect of leafleting (the persuasion of consumers, rather than employees or suppliers) from that of picketing, we are not

piquetage fait l'objet d'une réglementation restrictive. [Je souligne.]

Ce passage a été cité et approuvé par la cour dans les arrêts *Hughes c. Superior Court of California for Contra Costa County*, 339 U.S. 460 (1950), aux pp. 464 et 465, et *International Brotherhood of Teamsters, Local 695 c. Vogt, Inc.*, 354 U.S. 284 (1957), à la p. 289. Le juge Stevens a fait de même dans l'arrêt *NLRB c. Retail Store Employees Union*, précité, à la p. 619.

Cet examen indique que le piquetage classique peut et doit être distingué de nombreuses formes de distribution de tracts. Cette activité peut être menée d'une manière permise, qui est à la fois inoffensive et appropriée dans le contexte des relations du travail. Toutefois, quel que soit son caractère inoffensif et quelle que soit sa validité en tant que moyen d'expression, il est possible qu'elle soit interdite par la législation contestée.

e) *Distribution de tracts permise*

Pour décider si la distribution de tracts aux consommateurs dont il est question en l'espèce est acceptable, il est important de déterminer si les consommateurs sont en mesure de décider par eux-mêmes de la ligne de conduite à adopter sans être indûment dérangés par le message des tracts ou par la façon dont ceux-ci sont distribués. Les consommateurs doivent conserver la faculté de choisir soit de s'arrêter et de lire le message, soit de ne pas tenir compte du tract et d'entrer sans être gênés dans les lieux neutres. En d'autres termes, le consommateur éventuel a-t-il quitté les lieux en raison des arguments exacts et rationnels présentés dans les tracts, du discours persuasif du distributeur de tracts ou en raison de la manière intimidante dont s'est déroulée cette activité?

La difficulté de distinguer entre le piquetage et la distribution de tracts préoccupait la commission. Le passage suivant figure à la p. 66 de ses motifs:

[TRADUCTION] Bien que, au départ, il puisse sembler possible d'établir une distinction nette entre, d'une part, le fait de distribuer des tracts (la distribution de documents) et les effets de cette activité (la persuasion des consommateurs plutôt que des employés et des

55

56

57

persuaded that, in a labour relations context, such a distinction can be maintained in all circumstances.

I agree that in certain circumstances some forms of leafleting could be considered to be picketing or the equivalent of picketing. For example, if those distributing the leaflets carried placards, or if they were so numerous that they impeded access to and egress from the targeted premises, or if the leaflets were directed towards the workers in those premises rather than customers, then those types of leafleting could constitute or be the equivalent of picketing. However, the leafleting at issue in this case had none of these features.

58 In this case, the leafleting conformed with the following conditions:

- (i) the message conveyed by the leaflet was accurate, not defamatory or otherwise unlawful and did not entice people to commit unlawful or tortious acts;
- (ii) although the leafleting activity was carried out at neutral sites, the leaflet clearly stated that the dispute was with the primary employer only;
- (iii) the manner in which the leafleting was conducted was not coercive, intimidating, or otherwise unlawful or tortious;
- (iv) the activity did not involve a large number of people so as to create an atmosphere of intimidation;
- (v) the activity did not unduly impede access to or egress from the leafleted premises;
- (vi) the activity did not prevent employees of neutral sites from working and did not interfere with other contractual relations of suppliers to the neutral sites.

Leafleting which complied with these conditions would normally constitute a valid exercise of freedom of expression carried out by lawful means. Yet it would be prohibited by the impugned legislation. It is against this background that the justifi-

fournisseurs), et, d'autre part, le piquetage, nous ne sommes pas convaincus que, dans le contexte des relations du travail, une telle distinction peut être faite en toutes circonstances.

Je conviens que, dans certaines circonstances, certaines formes de distribution de tracts pourraient être considérées comme du piquetage ou l'équivalent. Par exemple, si les personnes qui distribuaient les tracts portaient des pancartes, si elles étaient nombreuses au point d'entraver l'entrée ou la sortie des lieux visés, ou si les tracts étaient adressés aux travailleurs de ces établissements plutôt qu'aux clients, ces formes de distribution de tracts pourraient alors constituer du piquetage ou l'équivalent. Toutefois, la distribution de tracts en litige dans le présent cas ne présentaient aucune de ces caractéristiques

En l'espèce, la distribution de tracts respectait les conditions suivantes:

- (i) le message communiqué par le tract était exact, non diffamatoire ni illicite, et il n'incitait pas les gens à accomplir des actes illicites ou délictueux;
- (ii) même si la distribution de tracts se déroulait dans des lieux neutres, le tract indiquait clairement que le conflit ne visait que l'employeur principal;
- (iii) l'activité s'est déroulée sans coercition, intimidation ou autre aspect illicite ou délictueux;
- (iv) les participants à l'activité n'étaient pas nombreux au point de créer une atmosphère d'intimidation;
- (v) l'activité n'a pas entravé indûment l'entrée ou la sortie des lieux visés;
- (vi) l'activité n'a ni empêché les employés d'établissements neutres de travailler ni perturbé d'autres relations contractuelles avec les fournisseurs des établissements neutres.

Une distribution de tracts respectant ces conditions constituerait normalement un exercice valide de la liberté d'expression par des moyens licites. Pourtant, elle serait interdite par les mesures législatives attaquées. C'est sur cette toile de fond qu'il y

cation of the legislation under s. 1 of the *Charter* should be considered. The question is whether the complete prohibition of leafleting under the Code which violates the guaranteed right of freedom of expression can be justified under s. 1 of the *Charter*.

For the purpose of the *Oakes* test, a legislative objective must not be overstated. It must be accurately and precisely defined so as to provide a clear framework for evaluating its importance, and to assess the precision with which the means have been crafted to fulfil that objective. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised. See *RJR-MacDonald*, at para. 144. The characterization of the objective by the respondent and the Attorney General is too broad. If their position were adopted, a wide range of lawful activities could be restricted. If the Code was really seeking to insulate third parties from the harmful effects of a labour dispute, then any effective means of bringing pressure to bear upon third parties could be restricted. Such a proposition is not consistent with s. 64 of the Code, which allows for information to be communicated to the public as a means of gaining support “as to matters or things affecting or relating to terms or conditions of employment”. Rather, the purpose of the legislation is to minimize the harmful effects to third parties which would result from others impeding access to premises or to encourage employees to break their contract of employment. Accordingly, a trade union is allowed to publish letters, issue press releases, take out newspaper advertisements, rent billboards, or distribute leaflets in mailboxes in order to gain public sympathy and support for its position.

The objective of the picketing restrictions must be read in concert with the overall purposes of the Code found at s. 2(1) and which read *inter alia* as follows:

a lieu d'examiner la justification de ces mesures au regard de l'article premier de la *Charte*. Il s'agit de déterminer si l'interdiction totale de distribuer des tracts qui est prévue par le Code et qui porte atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte* peut être justifiée au regard de l'article premier de celle-ci.

Pour l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, l'objectif législatif ne doit pas être exprimé trop largement. Il doit être défini avec exactitude et précision, de manière à établir un cadre qui permet d'en apprécier l'importance et d'évaluer la précision avec laquelle les moyens nécessaires à sa réalisation ont été élaborés. Si l'objectif est formulé de façon trop large, son importance risque d'être exagérée et l'analyse compromise. Voir *RJR-MacDonald*, au par. 144. La qualification de l'objectif faite par l'intimée et par le procureur général est trop large. Si leur thèse était retenue, un large éventail d'activités licites pourraient être restreintes. Si le Code vise réellement à protéger les tiers contre les effets préjudiciables des conflits de travail, alors tout moyen de pression efficace sur des tiers pourrait être restreint. Une telle proposition n'est pas compatible avec l'art. 64 du Code qui permet la communication d'information au public comme moyen de gagner son appui [TRADUCTION] «à l'égard de questions ou de choses touchant les conditions d'emploi». Le texte de loi a plutôt pour objet de réduire au minimum les effets préjudiciables qu'entraînerait pour des tierces parties la présence de personnes entravant l'accès à leurs établissements ou encourageant leurs employés à ne pas respecter leur contrat de travail. Par conséquent, un syndicat a le droit de publier des lettres, des communiqués de presse et des annonces dans les journaux, de louer des panneaux publicitaires ou de distribuer des tracts dans les boîtes aux lettres afin de s'assurer la sympathie du public et de gagner l'appui de celui-ci à sa position.

L'objectif des restrictions imposées en matière de piquetage doit être examiné en corrélation avec les objectifs généraux du Code énoncés au par. 2(1), qui sont notamment:

2. (1) The following are the purposes of this Code:

- (c) to minimize the effects of labour disputes on persons who are not involved in the dispute;
- (d) to promote conditions favourable to the orderly, constructive and expeditious settlement of disputes between employers and trade unions;
- (e) to ensure that the public interest is protected during labour disputes;

The Code does not seek to completely insulate third parties from the effects of labour disputes. Rather it seeks to minimize the impact of industrial conflict on persons who are not involved in the dispute. A restriction on conventional picketing at neutral sites would insulate third parties from the adverse effects of picketing and thereby “minimize the effects of labour disputes on persons who are not involved”. However those persons are not protected from the effects of all activity flowing from a labour dispute. For example, third parties are subject to economic pressures flowing from successful boycott campaigns conducted through the media or any other permissible means. This point is underscored by the 1987 debates on the adoption of the then version of the Code (*Debates of the Legislative Assembly*, June 10, 1987, at p. 1695):

MR. CLARK: . . . I'll just give you an example: Canadian Tire in Prince George went on strike. There was a campaign to boycott Canadian Tire. There was picketing at other stores of Canadian Tire. That was ruled not to be allowed by the former Labour Relations Board, so what the union did instead was an extensive boycott campaign that involved things like large 4-by-8 signs, almost like election signs, that said “Boycott Canadian Tire”. In my riding of Vancouver East alone there were something like 100 4-by-8s up on all the major highways, saying “Boycott Canadian Tire”. Can the minister confirm, then — I think it's his intention — that those kinds of acts are still legal under this bill, and not prohibited in any way?

HON. L. HANSON: Yes, that's also my interpretation.

[TRADUCTION]

2. (1) Le présent Code vise les objets suivants:

- c) réduire au minimum les effets des conflits de travail sur les personnes qui n'y sont pas parties;
- d) favoriser l'existence des conditions favorables au règlement ordonné, constructif et expéditif des conflits entre les employeurs et les syndicats;
- e) protéger l'intérêt public pendant les conflits de travail;

Le Code ne vise pas à protéger complètement les tiers contre les effets des conflits de travail, mais plutôt à réduire au minimum les effets des conflits industriels sur les personnes qui n'y sont pas parties. L'imposition de restrictions en matière de piquetage classique aux lieux neutres protégerait les tiers contre les effets préjudiciables du piquetage et, de ce fait, [TRADUCTION] «réduir[ait] au minimum les effets des conflits de travail sur les personnes qui n'y sont pas parties». Ces personnes ne sont toutefois pas protégées contre les effets de toute activité découlant d'un conflit de travail. Par exemple, les tiers subissent les pressions financières découlant de campagnes de boycottage menées avec succès par l'intermédiaire des médias ou d'autres moyens permis. Ce point est souligné dans les débats de 1987 concernant l'adoption de la version d'alors du Code (*Debates of the Legislative Assembly*, le 10 juin 1987, à la p. 1695):

[TRADUCTION] M. CLARK: . . . Je vais vous donner un exemple: Il y a eu une grève au Canadian Tire de Prince George. Une campagne de boycottage de Canadian Tire a été lancée. Il y a eu du piquetage à d'autres établissements Canadian Tire. Comme l'ancienne Commission des relations du travail a statué que cela n'était pas permis, le syndicat a plutôt recouru à une vaste campagne de boycottage en utilisant notamment de grandes pancartes mesurant 4 par 8, presque des pancartes d'élection, qui disaient: «Boycottez Canadian Tire.» Dans ma circonscription de Vancouver Est seulement, il y avait une centaine d'affiches 4 par 8, installées le long de toutes les routes principales, qui disaient «Boycottez Canadian Tire.» Le ministre peut-il confirmer — je crois que c'est bien là son intention — que les activités de ce genre sont toujours légales sous le régime du projet de loi, et qu'elles ne sont d'aucune façon interdites?

L'HON. L. HANSON: Oui, c'est aussi mon interprétation.

## 2. Proportionality Between the Objective and the Restriction

### (a) *Rational Connection*

The government sought to minimize the impact of the harmful effects of picketing on neutral third parties and the public. In order to achieve this objective, the government enacted ss. 1, 65 and 67 of the Code. While a restriction on conventional picketing activity at neutral sites is rationally connected with the legislative objective, the restriction on leafleting activity is too broad as will be seen from the reasons which follow.

### (b) *Minimal Impairment*

#### (i) Deference to the Legislature

The present issue arises in a labour context which normally involves competing interests of a complex and sophisticated nature. The respondent and the Attorney General have therefore argued that a degree of deference should be shown to the legislature in finding the proper balance between the interests of labour and management. This argument underlies the judgments of the lower courts which placed the focus on the “compromise” between unions and management inherent in labour legislation. Certainly, this Court has recognized the complex interests involved in labour legislation and has on occasion expressed its reluctance to interfere with the balance struck by the legislator. See *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, at p. 414, and *Lavigne*, at p. 282. Some academics have also recommended judicial restraint in labour law. See P. C. Weiler, “The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law” (1990), 40 *U.T.L.J.* 117, at pp. 184-85, and J. M. Weiler, “The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter”, in *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 211, at pp. 241-42.

## 2. Proportionnalité entre l’objectif et la restriction

### a) *Le lien rationnel*

Le gouvernement a tenté de réduire au minimum l’incidence des effets préjudiciables du piquetage sur les tiers neutres et sur le public. Pour réaliser cet objectif, il a édicté les art. 1, 65 et 67 du Code. Même si la restriction visant les activités de piquetage classique aux lieux neutres a un lien rationnel avec l’objectif législatif, la restriction visant la distribution de tracts a une portée trop large, comme il ressortira des motifs qui suivent.

### b) *L’atteinte minimale*

#### (i) Retenue envers la législature

Le présent litige se soulève dans un contexte de relations du travail qui met normalement en jeu des intérêts opposés de nature complexe et subtile. L’intimée et le procureur général ont par conséquent plaidé qu’il y avait lieu de faire montre d’un certain degré de retenue envers la législature dans la recherche de l’équilibre qui doit exister entre les intérêts respectifs des travailleurs et du patronat. Cet argument est à la base des jugements des juridictions inférieures, qui ont mis l’accent sur le «compromis» entre les syndicats et le patronat qui est inhérent à la législation du travail. Notre Cour a certes reconnu les intérêts complexes qui sont en jeu dans la législation du travail et, à l’occasion, s’est montrée réticente à modifier l’équilibre établi par le législateur. Voir le *Renvoi relatif à la Public Service Employees Relations Act*, à la p. 414, et l’arrêt *Lavigne*, à la p. 282. Certains auteurs recommandent aussi aux tribunaux de faire montre de retenue en droit du travail. Voir P. C. Weiler, «The Charter at Work: Reflections on the Constitutionalizing of Labour and Employment Law» (1990), 40 *U.T.L.J.* 117, aux pp. 184 et 185; et J. M. Weiler, «The Regulation of Strikes and Picketing Under the Charter», dans *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 211, aux pp. 241 et 242.

61

62

63

Although courts should be hesitant to strike down labour legislation, it does not follow that industrial relations are immunized from *Charter* review. Just as in any other area where the legislature is called upon to balance competing interests on complex issues, deference should be shown to the political choices of the legislature in labour legislation. However, deference should not deter the courts from determining whether those political choices fall within constitutionally permissible parameters of reasonable alternatives. It has been recognized that appeals to deference based on the balance of competing interests cannot usurp the obligation of the Court to consider the justificatory requirements of s. 1 of the *Charter*. See *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at paras. 56-57 (*per* Cory J.) and at paras. 126-42 (*per* Iacobucci J.), and *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at paras. 85-86. In *RJR-MacDonald*, at para. 136, McLachlin J. held that:

As with context, however, care must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament's choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

64

Ultimately, the concept of deference does not relieve the party seeking to uphold the limit on a protected right or freedom from demonstrating that

Même si les tribunaux doivent hésiter à invalider des mesures législatives en matière de droit du travail, cela ne veut pas nécessairement dire que les relations industrielles sont à l'abri de tout examen fondé sur la *Charte*. Comme dans tout autre domaine où le législateur est appelé à établir un équilibre entre des intérêts opposés sur des questions complexes, il y a lieu de faire montre de retenue à l'égard des choix politiques arrêtés par le législateur en matière de législation du travail. Cette retenue ne devrait toutefois pas empêcher les tribunaux de déterminer si ces choix politiques respectent les paramètres constitutionnellement acceptables des solutions de rechange raisonnables. Il est reconnu que les appels à la retenue judiciaire fondés sur la mise en équilibre d'intérêts opposés ne peuvent écarter l'obligation de la Cour d'examiner les exigences de l'article premier de la *Charte* en matière de justification. Voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, aux par. 56 et 57 (le juge Cory) et aux par. 126 à 142 (le juge Iacobucci); et *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, aux par. 85 et 86. Dans *RJR-MacDonald*, précité, au par. 136, le juge McLachlin a tiré les conclusions suivantes:

Cependant, comme pour le contexte, il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

En dernière analyse, la notion de retenue ou respect ne dégage pas la partie qui sollicite le maintien de la limitation d'un droit ou d'une

the restriction is reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. In addition, the contextual circumstances of this case must be examined in order to determine the proper degree of deference. See *Thomson Newspapers, supra, per Bastarache J.* In my view, a number of factors suggest that a deferential approach should not resolve the issue.

First, it was suggested that the legislature acts to mediate among competing economic interests and not as a singular antagonist. As a result, latitude should be given to the legislature's policy choices. Admittedly, the legislature must be given a broad discretion in its efforts to reach a sensible balance between the interests of the parties involved. However, that balancing must take into account the interests of all parties. In enacting a complete ban on persuasive activity at neutral sites, the legislature might have been concerned with the balance of power between labour and management and the protection of the public in not being unfairly confronted or intimidated by picketing activity. However, the public's interest in the dissemination of accurate information by lawful means has been overlooked. It has been held that the consumer's interest in receiving the information could be one of the reasons for striking down restrictions on freedom of expression. See *RJR-MacDonald, supra*, and *Rocket, supra*.

Unlike other aspects of industrial relations, leafleting is not strictly confined to labour and management. In the labour relations context, leafleting directed at consumers seeks to persuade the public by the reasons put forward to take a certain course of action as a result of the employer's treatment of its workers. Whether that appeal occurs during the negotiations regarding working conditions or outside the framework of collective bargaining, the public's interest as the recipient of the information is evident. It must be recognized

liberté protégés de l'obligation de démontrer qu'il s'agit d'une limite raisonnable et dont la justification est démontrée au regard de l'article premier de la *Charte*. De plus, les circonstances du présent cas doivent être examinées afin de déterminer le degré de retenue approprié. Voir les motifs du juge Bastarache dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité. À mon avis, un certain nombre de facteurs suggèrent que la question en litige ne devrait pas être tranchée par l'application d'une attitude de retenue.

Premièrement, on a fait valoir que la législature agit comme médiateur entre des intérêts économiques opposés et non à titre d'adversaire singulier. Par conséquent, on devrait lui accorder une certaine latitude quant au choix de ses politiques. Il faut reconnaître que la législature doit jouir d'un vaste pouvoir discrétionnaire dans ses efforts pour trouver un juste équilibre entre les intérêts des parties en cause. Toutefois, cette mise en équilibre doit tenir compte des intérêts de toutes les parties. En interdisant complètement toute activité de persuasion aux lieux neutres, il est possible que la législature ait été préoccupée par l'équilibre des forces entre les travailleurs et le patronat, ainsi que par la nécessité de protéger le public contre les situations abusives d'intimidation ou d'affrontement susceptibles de découler de l'activité de piquetage. Toutefois, l'intérêt du public dans la diffusion de renseignements exacts par des moyens licites a été négligé. Il a déjà été jugé que l'intérêt des consommateurs à recevoir de l'information pouvait constituer un des motifs justifiant d'invalider des restrictions à la liberté d'expression. Voir les arrêts *RJR-MacDonald* et *Rocket*, précités.

Contrairement à d'autres aspects des relations du travail, la distribution de tracts n'est pas une activité qui se limite strictement aux travailleurs et au patronat. Dans le contexte des relations du travail, la distribution de tracts destinés aux consommateurs cherche, par les raisons avancées, à persuader le public d'adopter une certaine ligne de conduite en raison du traitement réservé par l'employeur à ses employés. Que cette invitation ait lieu pendant la négociation des conditions de travail ou à l'extérieur du cadre de la négociation

and protected so that all citizens, particularly consumers, can make informed choices. See *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767. Moreover, if the leafleting occurs during a labour dispute over conditions of employment, the public's influential role in the settlement of the dispute should not be underestimated. In my view, when leafleting is so widely restricted, the public's interest is not taken into consideration. Consequently, this factor should not be utilized to justify a lower standard of justification under s. 1.

collective, l'intérêt du public en tant que destinataire de l'information est évident. Il doit être reconnu et protégé afin que tous les citoyens, en particulier les consommateurs, puissent faire des choix éclairés. Voir *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767. De plus, si la distribution de tracts se produit durant un conflit de travail sur les conditions d'emploi, il ne faut pas sous-estimer l'influence que le public peut avoir sur le règlement du conflit. À mon avis, en restreignant aussi largement la distribution de tracts, on ne prend pas en considération l'intérêt du public. Ce facteur ne devrait donc pas être invoqué pour défendre une norme de justification inférieure pour l'application de l'article premier de la *Charte*.

67

Second, the lower courts showed deference to the legislature on the ground that the leafleting restriction had been enacted as a result of a compromise, "giving unions a greater ability to exert economic pressure in other ways" (14 B.C.L.R. (3d) 162, at p. 190). Neither can this factor be determinative. That a restriction of a fundamental right is part of a particular compromise does not constitute a justification for it. The reason for a particular restriction must relate to the goals of labour legislation and be justified under s. 1 of the *Charter*. It must be shown that the restriction of the fundamental right furthers the values underlying the compromise. This has not been done.

En deuxième lieu, les tribunaux inférieurs ont fait montre de retenue à l'endroit de la législature pour le motif que la restriction visant la distribution de tracts avait été édictée par suite d'un compromis [TRADUCTION] «donnant aux syndicats une plus grande possibilité d'exercer des pressions financières par d'autres moyens» (14 B.C.L.R. (3d) 162, à la p. 190). Ce facteur ne saurait lui non plus être déterminant. Le fait que la restriction d'un droit fondamental soit un élément d'un compromis particulier n'est pas une justification de cette restriction. La raison motivant une restriction donnée doivent avoir un lien avec les buts visés par la législation du travail, et être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Il doit être démontré que la limitation du droit fondamental sert les valeurs qui sont à la base du compromis, ce qui n'a pas été fait.

68

Third, a restriction on consumer leafleting is not designed to protect a vulnerable group in Canadian society. Businesses whose economic interests may be affected by leafleting are not a vulnerable or disadvantaged group in need of protection. Rather, it is those who are subject to the legislative restriction who form a vulnerable group in Canadian society. See *Slaight Communications, supra*, at p. 1051, and *Edwards Books, supra*, at p. 773.

En troisième lieu, la restriction visant la distribution de tracts aux consommateurs ne vise pas à protéger un groupe vulnérable au sein de la société canadienne. Les entreprises dont les intérêts économiques sont susceptibles d'être touchés par la distribution de tracts ne constituent pas un groupe vulnérable ou défavorisé qui a besoin de protection. Au contraire, ce sont plutôt les personnes assujetties à la restriction établie par la loi qui forment un groupe vulnérable au sein de la société canadienne. Voir les arrêts *Slaight Communications*, précité, à la p. 1051, et *Edwards Books*, précité, à la p. 773.

(ii) Appropriate Standard of Review

The present appeal stems from the review of the Board's reconsideration decision. The Board is a highly specialized tribunal entrusted by the legislature with the authority to administer the Code and apply its general provisions to the circumstances of a labour dispute. It was argued that courts must show a degree of deference to the Board in interpreting labour legislation. There are sound reasons for exercising judicial restraint in those circumstances. See *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at para. 57, and *International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 432. It has been recognized that where a Labour Board is acting within its jurisdiction its decision can only be overturned if it is patently unreasonable. However where the Board interpreted or applied the *Charter* the standard of review must be that of correctness. See *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; and *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157.

In the absence of *Charter* considerations, the statutory interpretation made by the Board is ordinarily entitled to deference provided it is not patently unreasonable. However, if, as it did in this case, the Board applies the *Charter* in its decision the Court must determine whether the Board's decision was correct.

(iii) Minimal Impairment in this Case

Do ss. 1, 65 and 67 of the Code limit freedom of expression as little as reasonably possible in order

(ii) La norme de contrôle appropriée

Le présent pourvoi découle du contrôle de la décision de la commission sur la demande de réexamen. La commission est un tribunal ultra spécialisé, auquel la législature a confié la responsabilité d'administrer le Code et d'en appliquer les dispositions générales aux circonstances d'un conflit de travail. On a plaidé que les tribunaux doivent faire montre d'un certain degré de retenue envers la commission dans l'interprétation de la législation du travail. Il existe de bonnes raisons justifiant les tribunaux de faire montre de retenue en pareilles circonstances. Voir *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, au par. 57; et *Syndicat international des débardeurs et magasiniers, Ship and Dock Foremen, section locale 514 c. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 432. Il est reconnu que, lorsqu'une commission des relations du travail agit dans les limites de sa compétence, sa décision ne peut être écartée que si elle est manifestement déraisonnable. Toutefois, lorsque la commission a interprété ou appliqué la *Charte*, la norme de contrôle doit être celle de la décision correcte. Voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; et *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157.

En l'absence de considérations fondées sur la *Charte*, il faut ordinairement faire montre de retenue à l'égard des décisions de la commission en matière d'interprétation législative, pourvu qu'elles ne soient pas manifestement déraisonnables. Toutefois, si, comme c'est le cas en l'espèce, la commission applique la *Charte* dans sa décision, la Cour doit décider si la décision de la commission était correcte.

(iii) L'atteinte minimale en l'espèce

Les articles 1, 65 et 67 du Code restreignent-ils la liberté d'expression aussi peu qu'il est raisonna-

69

70

71

to achieve the legislative objective? “The impairment must be ‘minimal’, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary” (*RJR-MacDonald*, at para. 160).

72

It was argued that the mere presence of union members at the site for the purpose of leafleting is threatening or intimidating for the customers. It was contended that it evokes the same “signal effect” as conventional picketing, thereby impeding public access to the leafleted premises. I cannot accept this argument. There is no doubt that any activity which in fact impedes access to premises, like the “chain” activity at the Langley store, has the same effect as conventional picketing and therefore can be properly regulated and restricted. However, peaceful leafleting by a few individuals has as a general rule been accepted as a lawful means of disseminating information.

73

The suggestion that today’s consumers will be intimidated by the mere sight of a few individuals distributing leaflets at the entrance to a shopping mall is not convincing. The image of an oversensitive consumer cannot be the standard by which to assess the constitutionality of the activity. Bastarache J. provides a good analogy with regard to Canadian voters. In *Thomson Newspapers*, at paras. 101 and 128, he wrote:

Canadian voters must be presumed to have a certain degree of maturity and intelligence. . . . I cannot accept, without gravely insulting the Canadian voter, that there is any likelihood that an individual would be so enthralled by a particular poll result as to allow his or her electoral judgment to be ruled by it.

. . . in my view, the government cannot take the most uninformed and naïve voter as the standard by which constitutionality is assessed.

blement possible de le faire en vue de la réalisation de l’objectif législatif? «La restriction doit être ‘minimale’, c’est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire» (*RJR-MacDonald*, au par. 160).

On a prétendu que la seule présence de syndiqués aux lieux visés dans le but de distribuer des tracts est menaçante ou intimidante pour les clients. On a plaidé qu’elle évoque le même «effet de signal» que le piquetage classique, entravant ainsi l’accès du public aux lieux visés par la distribution de tracts. Je ne puis accepter cet argument. Il ne fait aucun doute que toute activité qui entrave dans les faits l’accès aux lieux, comme la formation d’une «chaîne» au magasin de Langley, a le même effet que le piquetage classique et, de ce fait, peut à bon droit être réglementée et restreinte. En règle générale, toutefois, la distribution pacifique de tracts par un petit nombre de personnes est considérée comme un moyen légal de communiquer de l’information.

L’argument selon lequel les consommateurs d’aujourd’hui seront intimidés s’ils voient quelques personnes distribuer des tracts à l’entrée d’un centre commercial n’est pas convaincant. L’image du consommateur hypersensible ne peut servir de norme pour apprécier la constitutionnalité d’une activité. Les observations qu’a faites le juge Bastarache en ce qui a trait aux électeurs canadiens dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, aux par. 101 et 128, constituent une bonne analogie:

Il faut présumer aux électeurs canadiens un certain degré de maturité et d’intelligence [. . .] Je ne peux admettre, sans faire gravement insulte aux électeurs canadiens, qu’il y ait la moindre chance qu’un individu soit tellement séduit par les résultats d’un sondage donné que, au moment de voter, il laisse ceux-ci l’emporter sur son jugement.

. . . je suis d’avis que le gouvernement ne peut pas faire de l’électeur le moins informé et le plus naïf la norme au regard de laquelle la constitutionnalité doit être appréciée.

The importance of freedom of expression during labour disputes cannot be overemphasized. Accurate information which is presented in what is generally accepted to be a lawful manner will provide valuable information to members of the public and is thus worthy of constitutional protection. Leafletting is of fundamental importance for workers and has a very real social value. It is apparent that the legislative restriction is overbroad, and cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Sections 1, 65 and 67 of the Code operate as a blanket prohibition on any persuasive activity by striking or locked-out employees at neutral sites. A total prohibition is clearly not carefully tailored to the objective of minimizing the harmful effects to third parties which would result from others impeding access to premises or encouraging employees to break their contract of employment. Rather, the legislation is a "broad sweep that catches more conduct than is justified by the government's objective" (*per McLachlin J. in Committee for the Commonwealth of Canada*, at p. 248).

The majority of the Board noted that the definition of "picketing" at s. 1 of the Code was overbroad. They wrote (at pp. 55-56):

What may simply appear to be a location restriction may in fact be a complete bar to the exercise of freedom of expression in a form which has traditionally been enjoyed by all Canadians. It is unreasonable to prohibit all persuasion because some or even much of a particular activity may give rise to prohibited conduct.

Therefore, the definition of picketing is overbroad. It catches more expressive conduct than can be justified by the objectives of restricting secondary picketing. Thus, the statutory line drawn in the definition of picketing includes conduct which is constitutionally protected. The blanket prohibition in the s. 1 definition of picketing is intended to prohibit any persuasive activity at the location of the secondary employer. It is this total

On ne peut trop souligner l'importance de la liberté d'expression pendant les conflits de travail. Des renseignements exacts et présentés d'une manière qui est généralement considérée licite mettent à la disposition du public une information précieuse, qui mérite en conséquence la protection de la Constitution. La distribution de tracts revêt une importance fondamentale pour les travailleurs, en plus d'avoir une valeur sociale très réelle. Il est manifeste que la restriction établie par la loi a une portée trop large et ne peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

Les articles 1, 65 et 67 du Code ont pour effet d'interdire totalement aux employés en grève ou en lock-out d'exercer toute activité persuasive à des sites neutres. Il est clair qu'une telle interdiction n'est pas soigneusement adaptée à l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets préjudiciables qu'entraînerait pour des tierces parties la présence de personnes entravant l'accès à leurs établissements ou encourageant leurs employés à ne pas respecter leur contrat de travail. Ces dispositions législatives établissent plutôt un «large éventail qui couvre plus de conduites que ce qui est justifié par l'objectif du gouvernement» (le juge McLachlin dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, à la p. 248).

La majorité de la commission a souligné que la définition de «piquetage» à l'art. 1 du Code avait une portée trop large. Les membres majoritaires ont écrit ceci, aux pp. 55 et 56:

[TRADUCTION] Ce qui peut sembler n'être qu'une restriction quant au lieu où elle peut être exercée peut en fait se révéler un obstacle total à l'exercice de la liberté d'expression sous une forme dont jouissent traditionnellement tous les Canadiens. Il n'est pas raisonnable d'interdire toute activité de persuasion parce qu'une part, même considérable, d'une activité donnée est susceptible de donner lieu à un comportement interdit.

Par conséquent, la définition de piquetage a une portée trop large. Elle vise plus d'activités expressives que ce qui peut être justifié par les objectifs de la restriction du piquetage secondaire. Par conséquent, la ligne de démarcation législative tirée dans la définition de piquetage englobe une activité protégée par la Constitution. L'interdiction générale établie par la définition de piquetage à l'art. 1 vise à interdire toute activité

prohibition, or this complete ban, which raises the problem of overbreadth because it fails to impair the right "as little as possible".

The Code provides a single prohibition which encompasses all forms of persuasion including consumer leafleting. Conventional picketing and consumer leafleting are given the same constitutional weight despite the clear distinctions between them. The majority of the Board recognized the differences but was not convinced that the distinction could be maintained in all circumstances. The majority would allow consumer leafleting but only insofar as it is aimed at secondary employers dealing in the struck goods or who are functionally integrated with the primary employer.

persuasive à l'établissement de l'employeur secondaire. C'est cette interdiction totale, ou proscription complète, qui soulève le problème de «portée trop large» parce qu'elle ne porte pas «le moins possible» atteinte au droit en cause.

Le Code établit une seule interdiction, qui vise toutes les formes d'activité de persuasion, y compris la distribution de tracts aux consommateurs. Le piquetage classique et la distribution de tracts aux consommateurs se voient attribuer le même poids sur le plan constitutionnel et ce, malgré l'existence de distinctions claires entre ces deux activités. La majorité de la commission a reconnu l'existence de ces différences, mais elle n'était pas convaincue que la distinction s'appliquait en toutes circonstances. Les membres majoritaires autoriseraient la distribution de tracts aux consommateurs, mais uniquement dans la mesure où cette activité vise des employeurs secondaires qui font le commerce de marchandises touchées par la grève ou qui sont fonctionnellement intégrés à l'employeur principal.

76 The conclusion that leafleting is subject to the same kind of restrictions as picketing was premised on the incorrect assumption that both activities trigger similar effects. The Board's conclusion cannot be accepted.

La conclusion portant que la distribution de tracts est assujettie aux mêmes types de restrictions que le piquetage était fondée sur la prémisse erronée que les deux activités produisent des effets similaires. La conclusion de la commission ne peut être acceptée.

77 In summary, the legislative restriction in the present appeal is the type of blanket prohibition that this Court has indicated will contravene the *Charter*. In *RJR-MacDonald*, McLachlin J. stated at para. 163:

En résumé, la restriction législative attaquée dans le présent pourvoi correspond au type d'interdictions générales qui, comme l'a indiqué notre Cour, portent atteinte à la *Charte*. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, le juge McLachlin a dit ceci, au par. 163:

As this Court has observed before, it will be more difficult to justify a complete ban on a form of expression than a partial ban: *Ramsden v. Peterborough (City)*, *supra*, at pp. 1105-06; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at pp. 772-73. . . . A full prohibition will only be constitutionally acceptable under the minimal impairment stage of the analysis where the government can show that only a full prohibition will enable it to achieve its objective. Where, as here, no evidence is adduced to show that a partial ban would be less

Comme notre Cour l'a déjà fait remarquer, il sera plus difficile de justifier l'interdiction totale d'une forme d'expression que l'interdiction partielle: *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, précité, aux pp. 1105 et 1106, et *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, aux pp. 772 et 773 [. . .] Une interdiction totale ne sera acceptable, sur le plan constitutionnel, en vertu du volet atteinte minimale de l'analyse que dans le cas où le gouvernement peut établir que seule une interdiction totale lui permettra d'atteindre son objectif. Si, comme en l'espèce, aucune preuve n'a été présentée pour démontrer qu'une interdiction partielle serait moins efficace qu'une interdiction totale, on n'a pas établi la justification

effective than a total ban, the justification required by s. 1 to save the violation of free speech is not established.

Similarly, in the present appeal, it is important to note that the respondent and the Attorney General have not demonstrated that a partial ban, such as a restriction on conventional picketing activity alone, would be less effective in achieving the government objective.

(c) *Deleterious Effects and Benefits of the Restriction*

I have found that the definition of “picketing” at s. 1(1) of the Code is overbroad and catches more expressive conduct than is necessary to achieve the legislative objective. Accordingly, with regard to leafletting activity, the requirement of minimum impairment is not met. It is not necessary to proceed to the final stage of the proportionality analysis under s. 1 of the *Charter* because a “finding that the law impairs the right more than required contradicts the assertion that the infringement is proportionate” (*RJR-MacDonald*, at para. 175).

C. *Conclusion and Remedy*

The definition of “picketing” at s. 1(1) of the Code infringes s. 2(b) of the *Charter* and is not a reasonable limit under s. 1. A violation of a protected freedom engages the application of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. That section requires the offensive legislation to be struck down “to the extent of the inconsistency”. Following the principles of constitutional remedies stated in the case of *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, I would strike down the definition of “picketing” at s. 1 of the Code and suspend the declaration of invalidity for six months in order to allow the legislature to amend the provision to make it conform with the constitutional guarantee of freedom of expression as discussed in these reasons.

requis en vertu de l’article premier visant à sauvegarder la violation de la liberté d’expression.

De même, dans le présent pourvoi, il est important de souligner que l’intimée et le procureur général n’ont pas démontré qu’une interdiction partielle, telle une restriction visant uniquement le piquetage classique, serait moins efficace pour réaliser l’objectif du gouvernement.

c) *Les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la restriction*

J’ai conclu que la définition de «piquetage» au par. 1(1) du Code a une portée trop large et englobe plus d’activités expressives que ce qui est nécessaire pour réaliser l’objectif législatif. Par conséquent, en ce qui a trait à l’activité de distribution de tracts, la condition relative à l’atteinte minimale n’est pas respectée. Il n’est pas nécessaire de passer à l’étape finale de l’analyse de la proportionnalité pour l’application de l’article premier de la *Charte* parce que «[c]onclure que la loi porte atteinte au droit en question plus qu’il n’est nécessaire contredit l’affirmation que la violation satisfait au critère de la proportionnalité» (*RJR-MacDonald*, au par. 175).

C. *Conclusion et réparation*

La définition de «piquetage» au par. 1(1) du Code porte atteinte à l’al. 2b) de la *Charte* et elle n’est pas une limite raisonnable au sens de l’article premier. L’atteinte à une liberté protégée entraîne l’application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui commande l’invalidation des «dispositions incompatibles» de la législation attentatoire. Suivant les principes applicables en matière de réparations fondées sur la Constitution énoncées dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, je déclarerais invalide la définition de «piquetage» à l’art. 1 du Code et suspendrais l’effet de cette déclaration d’invalidité pendant six mois afin de permettre à la législature de modifier la disposition pour la rendre conforme à la garantie constitutionnelle de liberté d’expression exposée dans les présents motifs.

78

79

VI. Disposition

80

The appeal is allowed with costs to the appellant throughout. The judgment of the British Columbia Court of Appeal is set aside. Since the labour dispute that gave rise to the present appeal is now moot, there is no need to quash the original Board orders of December 11 and 16, 1992. I find that the definition of “picketing” at s. 1(1) of the *Labour Relations Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1. The definition of “picketing” is declared to be of no force or effect by reason of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The declaration of invalidity is suspended for six months.

81

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 1 (definition of “picket” or “picketing”), 65 and 67 of the *Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, c. 82, limit freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that they prohibit union members from distributing leaflets at secondary sites of the employer in the context of a labour dispute?

Answer: Yes, but only with respect to s. 1 (definition of “picket” or “picketing”).

2. If the answer to Question 1 is yes, is the limit reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Baigent & Jackson, Enderby, B.C.*

*Solicitors for the respondent KMart Canada Ltd.: Ladner Downs, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Labour Relations Board of British Columbia: Arvay Finlay, Victoria.*

VI. Le dispositif

Le pourvoi est accueilli, avec dépens en faveur de l'appelant devant toutes les cours. L'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulé. Puisque le conflit de travail qui a donné lieu au présent pourvoi est maintenant chose du passé, il n'est pas nécessaire d'annuler les ordonnances rendues initialement par la commission les 11 et 16 décembre 1992. Je conclus que la définition de «piquetage» au par. 1(1) du *Labour Relations Code* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* et que sa validité ne peut être sauvegardée par l'application de l'article premier. La définition de «piquetage» est déclarée inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue pendant six mois.

Je répondrais de la façon suivante aux questions constitutionnelles:

1. Les articles 1 (définition de «picket» («piqueur») ou «picketing» («piquetage»)), 65 et 67 du *Labour Relations Code*, S.B.C. 1992, ch. 82, restreignent-ils la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la mesure où ils interdisent aux syndiqués de distribuer des tracts aux lieux de travail secondaires de l'employeur dans le cadre d'un conflit de travail?

Réponse: Oui, mais uniquement en ce qui a trait à l'art. 1 (définition de «picket» («piqueur») ou «picketing» («piquetage»)).

2. En cas de réponse affirmative à la première question, s'agit-il d'une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Baigent & Jackson, Enderby, C.-B.*

*Procureurs de l'intimée KMart Canada Ltd.: Ladner Downs, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé le Labour Relations Board de la Colombie-Britannique: Arvay Finlay, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: George H. Copley and Jennifer Button, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Retail Council of Canada: Miller Thomson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Coalition of B.C. Businesses: Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina,*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: George H. Copley et Jennifer Button, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien du commerce de détail: Miller Thomson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Coalition of B.C. Businesses: Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

**United Food and Commercial Workers  
International Union, Local 1288P** *Appellant*

v.

**Allsco Building Products Ltd., Blacksmith  
Holdings Ltd. carrying on business as  
Wayside Four Seasons, Lumply Ltd., Maple  
Leaf Homes Inc. and Atlantic Home  
Improvements Ltd.** *Respondents*

and

**The Attorney General for New Brunswick,  
the Attorney General of British Columbia,  
the Retail Council of Canada, the Canadian  
Labour Congress, the Canadian  
Manufacturers' Association, the Canadian  
Civil Liberties Association and Pepsi-Cola  
Canada Beverages (West) Ltd.** *Interveners*

INDEXED AS: ALLSCO BUILDING PRODUCTS LTD. v.  
U.F.C.W., LOCAL 1288P

File No.: 26203.

1999: February 15; 1999: September 9.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier,  
Cory, Iacobucci, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW  
BRUNSWICK

*Labour law — Labour disputes — Picketing —  
Leafleting — Union members distributing leaflets at  
secondary sites during labour dispute — Union mem-  
bers not trespassing or blocking vehicles — Whether  
leafleting activities prohibited — Industrial Relations  
Act, R.S.N.B. 1973, c. 1-4, ss. 5(4), 104(2).*

The appellant union's members were locked out by  
the respondent Allsco, a manufacturer of building  
materials. Three of the other four respondents sell All-  
sco products, while the fourth uses its materials to man-  
ufacture modular homes and trailers. Union members  
distributed leaflets outside the premises of the four non-

**Union internationale des travailleurs et  
travailleuses unis de l'alimentation et du  
commerce, section locale 1288P** *Appelante*

c.

**Allsco Building Products Ltd., Blacksmith  
Holdings Ltd. faisant affaire sous le nom de  
Wayside Four Seasons, Lumply Ltd., Maple  
Leaf Homes Inc. et Atlantic Home  
Improvements Ltd.** *Intimées*

et

**Le procureur général du Nouveau-  
Brunswick, le procureur général de la  
Colombie-Britannique, le Conseil canadien  
du commerce de détail, le Congrès du  
travail du Canada, l'Association des  
manufacturiers canadiens, l'Association  
canadienne des libertés civiles et Pepsi-Cola  
Canada Beverages (West) Ltd.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ALLSCO BUILDING PRODUCTS LTD. c.  
T.U.A.C., SECTION LOCALE 1288P

N° du greffe: 26203.

1999: 15 février; 1999: 9 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-  
BRUNSWICK

*Droit du travail — Conflits de travail — Piquetage —  
Distribution de tracts — Distribution de tracts à des  
lieux secondaires par des membres d'un syndicat pen-  
dant un conflit de travail — Les membres du syndicat  
n'ont commis aucune intrusion ni bloqué le passage aux  
véhicules — Les activités de distribution de tracts sont-  
elles interdites? — Loi sur les relations industrielles,  
L.R.N.-B. 1973, ch. 1-4, art. 5(4), 104(2).*

Les membres du syndicat appellant ont été mis en  
lock-out par l'intimée Allsco, un fabricant de matériaux  
de construction. Trois des quatre autres intimées ven-  
dent des produits Allsco, tandis que la quatrième utilise  
ces matériaux pour fabriquer des maisons modulaires et  
des roulottes. Les membres du syndicat ont distribué des

Allsco respondents. They would approach vehicles entering the premises and offer the leaflet to vehicle occupants. The union members did not trespass onto the properties of the non-Allsco respondents, and did not block any vehicles entering or exiting the premises. The leaflet requested that the reader “[p]lease think twice” before purchasing Allsco products or the vinyl siding that Allsco distributed, because Allsco had locked union members out of their jobs. Union members did not orally ask anyone not to do business with the non-Allsco respondents, or ask suppliers to refrain from making deliveries to them, or ask employees of these respondents not to go to work. The respondents obtained an interlocutory injunction against the union, enjoining union members from distributing leaflets outside the premises of the four non-Allsco respondents, on the basis that the union was engaging in secondary picketing, which was said to be prohibited by s. 104(2) of the New Brunswick *Industrial Relations Act*. The respondents were then granted a permanent injunction, and that decision was upheld by the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

The leafleting in this case falls within the definition of permissible peaceful leafleting outlined in *KMart*. While on its face, s. 104(2) of the Act appears to prohibit even peaceful leafleting of this variety, it must be construed in light of s. 5(4), which on its face authorizes a union and its members to express their views freely, provided the manner chosen to express those views is not coercive, intimidating, threatening, or intended to have an undue influence upon any person. The word “persuade” in s. 104(2) should be interpreted narrowly, in light of s. 5(4), to mean persuasion that is coercive, intimidating, threatening, or intended to cause undue influence. Given that most labour relations statutes prohibit secondary conventional picketing by reason of the undue influence and sometimes tortious harm that it causes, it is reasonable to see s. 104(2) as being aimed at this type of expression, rather than peaceful persuasion. Moreover, an interpretation of s. 104(2) that would see the provision prohibit the peaceful distribution of leaflets would constitute not only an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but also an infringement that is not saved under s. 1. It follows that the legislation does not infringe s. 2(b) of the *Charter* on the facts of this case, because it does not prohibit peaceful leafleting. It follows as well that the trial judge erred in issuing an injunction to stop the members of the union from engaging in the peaceful

tracts à l’extérieur des établissements des quatre autres intimées. Ils s’approchaient des véhicules arrivant aux établissements et offraient les tracts à leurs occupants. Les membres du syndicat n’ont pas commis d’intrusion sur les propriétés des autres intimées, et ils n’ont empêché aucun véhicule de se rendre sur les lieux ou d’en sortir. Dans le tract, on disait aux lecteurs d’y «[r]éfléchi[r] à deux fois» avant d’acheter des produits Allsco ou le bardage en vinyle distribué par cette dernière, car Allsco avait mis les membres du syndicat en lock-out. Les membres du syndicat n’ont ni demandé verbalement à qui que ce soit de ne pas faire des affaires avec les autres intimées, ni invité les fournisseurs à ne pas faire de livraisons à ces dernières, ni demandé aux employées de celles-ci de ne pas se rendre au travail. Les intimées ont obtenu, contre le syndicat, une injonction interlocutoire interdisant aux membres de ce dernier de distribuer des tracts à l’extérieur des établissements des quatre autres intimées au motif que le syndicat faisait du piquetage secondaire, activité que le tribunal a déclarée interdite par le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick. Les intimées ont ensuite obtenu une injonction permanente, décision qui a été confirmée par la Cour d’appel.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La distribution de tracts en litige dans le présent pourvoi est visée par la définition des activités permises de distribution pacifique de tracts qui a été énoncée dans l’arrêt *KMart*. Bien que, à première vue, le texte du par. 104(2) semble prohiber ce genre de distribution pacifique de tracts, il doit être interprété à la lumière du par. 5(4), dont le texte autorise les syndicats et leurs membres à exprimer leurs vues librement, pourvu qu’il ne le fasse pas d’une manière qui soit contraignante, intimidante, menaçante ou qui tende à influencer indûment une personne. À la lumière du par. 5(4), il faut interpréter restrictivement le mot «persuader» figurant au par. 104(2) et considérer qu’il vise la persuasion qui est contraignante, intimidante, menaçante ou qui tend à influencer indûment. Étant donné que la plupart des lois sur les relations du travail interdisent le piquetage secondaire classique en raison de l’influence indue de ce genre de piquetage et des dommages délictueux qu’il cause parfois, il est raisonnable de considérer que le par. 104(2) vise cette forme d’expression plutôt que la persuasion pacifique. Une interprétation du par. 104(2) qui aurait pour effet d’interdire la distribution pacifique de tracts constituerait non seulement une atteinte à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais également une atteinte dont la validité ne serait pas sauvegardée par l’article premier. Il s’ensuit que, eu égard aux faits de l’espèce, la mesure législative contes-

distribution of leaflets outside the premises of the non-Allsco respondents.

### Cases Cited

**Applied:** *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; **referred to:** *KMart Canada Ltd. v. U.F.C.W., Local 1518* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162; *O.K. Economy Stores v. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b).  
*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 5(4), 104(1), (2), (3).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1997), 190 N.B.R. (2d) 96, 484 A.P.R. 96, 149 D.L.R. (4th) 326, 97 C.L.L.C. ¶220-086, [1997] N.B.J. No. 278 (QL), affirming a decision of the Court of Queen's Bench (1997), 187 N.B.R. (2d) 241, 478 A.P.R. 241, [1997] N.B.J. No. 177 (QL), granting the respondents' action for a declaration and permanent injunction. Appeal allowed.

*David M. Brown, Q.C.*, and *James E. Stanley*, for the appellant.

*David W. Clark* and *Lynn M. Walsworth*, for the respondents.

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

*George H. Copley, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*John R. Sproat*, for the intervener the Retail Council of Canada.

tée ne contrevient pas à l'al. 2b) de la *Charte* parce qu'elle n'interdit pas la distribution pacifique de tracts. Il s'ensuit également que le juge de première instance a commis une erreur en accordant une injonction interdisant aux membres du syndicat de distribuer pacifiquement des tracts à l'extérieur des établissements des autres intimées.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué:** *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; **arrêts mentionnés:** *KMart Canada Ltd. c. U.F.C.W., Local 1518* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162; *O.K. Economy Stores c. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b).  
*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 5(4), 104(1), (2), (3).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1997), 190 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 96, 484 A.P.R. 96, 149 D.L.R. (4th) 326, 97 C.L.L.C. ¶220-086, [1997] A.N.B. n° 278 (QL), qui a confirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine (1997), 187 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 241, 478 A.P.R. 241, [1997] A.N.B. n° 177 (QL), qui avait accueilli l'action en jugement déclaratoire et en injonction permanente intentée par les intimés. Pourvoi accueilli.

*David M. Brown, c.r.*, et *James E. Stanley*, pour l'appelante.

*David W. Clark* et *Lynn M. Walsworth*, pour les intimées.

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

*George H. Copley, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*John R. Sproat*, pour l'intervenant le Conseil canadien du commerce de détail.

*Frank Addario, Steven M. Barrett and Vanessa Payne*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*William B. Goss, Q.C.*, for the intervener the Canadian Manufacturers' Association.

*John B. Laskin and Trevor C. W. Farrow*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Written submissions only by *R. G. Richards, Q.C.*, for the intervener Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal from New Brunswick was heard with the companion appeal from British Columbia *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083. Both cases address the issue of whether it is a justifiable infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for a statutory labour relations regime to prohibit the peaceful distribution of leaflets by unions and union members, where those leaflets accurately set out the position of employees involved in a labour dispute with their employer, and are distributed in a manner that is not intimidating or such as to cause undue influence. In the present appeal, the specific question to be resolved is whether s. 104(2) of the New Brunswick *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, prohibits such leafleting and thus infringes s. 2(b) of the *Charter*, and if so whether that infringement is justified under s. 1.

My colleague Cory J. has set out in his reasons in *KMart* the essential freedom of expression concerns and principles that arise where a union seeks to engage in the peaceful distribution of leaflets. The principles that Cory J. applies in *KMart* are apposite in the context of the present appeal. However, there are important differences between the impugned statutory provision at issue in *KMart*

*Frank Addario, Steven M. Barrett et Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*William B. Goss, c.r.*, pour l'intervenante l'Association des manufacturiers canadiens.

*John B. Laskin et Trevor C. W. Farrow*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Argumentation écrite seulement par *R. G. Richards, c.r.*, pour l'intervenante Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi, qui vient du Nouveau-Brunswick, a été entendu avec le pourvoi connexe de la Colombie-Britannique *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083. Les deux affaires portent sur la question de savoir si constitue une atteinte justifiable aux droits garantis par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait pour un régime législatif en matière de relations du travail d'interdire aux syndicats et à leurs membres de distribuer, d'une manière qui n'est pas intimidante ou ne tend pas à influencer indûment, des tracts indiquant de façon exacte la position d'employés en conflit de travail avec leur employeur. Dans le présent pourvoi, la question précise qu'il faut trancher est celle de savoir si le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, interdit une telle distribution de tracts, portant ainsi atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier.

Dans ses motifs dans l'affaire *KMart*, mon collègue le juge Cory a énoncé les questions et les principes essentiels en matière de liberté d'expression qui entrent en jeu lorsqu'un syndicat veut distribuer pacifiquement des tracts. Les principes qu'applique le juge Cory dans *KMart* sont pertinents dans le contexte du présent pourvoi. Il existe toutefois des différences importantes entre la

1

2

and that which is at issue in this appeal. As a result, it is unnecessary to find that the legislation at issue here prohibits peaceful leafleting by a union, and thus it is unnecessary to find that the impugned legislation infringes s. 2(b) of the *Charter*.

### I. Factual Background

3 The facts at issue in this appeal are the subject of an agreed statement of facts filed by the parties in the trial court. The respondent Allsco Building Products Ltd. (“Allsco”) is a manufacturer of vinyl windows, doors, and other exterior products for homes, and is also the distributor of a brand of vinyl siding within Canada’s Atlantic region. The appellant United Food and Commercial Workers International Union, Local 1288P (“UFCW Local 1288P”) is the certified bargaining agent for about 100 employees working at Allsco’s manufacturing facilities in Moncton. On February 6, 1996, Allsco began a legal lockout of the members of UFCW Local 1288P.

4 Three of the other four respondents — Wayside Four Seasons, Lumply Ltd., and Atlantic Home Improvements Ltd. — are engaged in the business of selling building materials. A significant portion of their business involves the sale of Allsco products, Allsco being their primary supplier of vinyl building materials. The other respondent — Maple Leaf Homes Inc. — is engaged in the business of manufacturing modular homes and trailers. Allsco is its primary supplier of vinyl building materials, which are incorporated into Maple Leaf’s products. I will refer to these latter four respondents collectively as the “non-Allsco respondents”. The non-Allsco respondents have no collective bargaining relationship with UFCW Local 1288P, and are third parties to the labour dispute between Allsco and the union.

5 On 13 occasions between May and July, 1996, members of UFCW Local 1288P distributed leaflets outside the premises of the four non-Allsco respondents. On all but one occasion, the number of union members handing out leaflets was either

disposition législative contestée dans *KMart* et celle en litige dans le présent pourvoi. Par conséquent, il n’est pas nécessaire de conclure que le texte de loi litigieux en l’espèce interdit la distribution pacifique de tracts par les syndicats, ni que ce texte de loi viole l’al. 2b) de la *Charte*.

### I. Les faits

Les faits en cause dans le présent pourvoi sont énoncés dans l’exposé conjoint des faits déposé par les parties auprès du tribunal de première instance. L’intimée Allsco Building Products Ltd. («Allsco») est un fabricant de fenêtres en vinyle, de portes et d’autres produits d’extérieur pour la maison, et elle est également le distributeur d’une marque de bardages en vinyle pour la région de l’Atlantique au Canada. L’appelante, l’Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 1288P (la «section locale 1288P des TUAC»), est l’agent négociateur accrédité d’environ 100 salariés des usines de Allsco à Moncton. Le 6 février 1996, Allsco a mis en lock-out légal les membres de la section locale 1288P des TUAC.

Trois des quatre autres parties intimées — Wayside Four Seasons, Lumply Ltd. et Atlantic Home Improvements Ltd. — vendent des matériaux de construction. Une part importante de leurs activités est la vente de produits Allsco, qui est leur principal fournisseur de matériaux de construction en vinyle. L’autre intimée — Maple Leaf Homes Inc. — fabrique des maisons modulaires et des roulottes. Allsco est son principal fournisseur de matériaux de construction en vinyle, lesquels sont intégrés dans les produits Maple Leaf. Je vais appeler ces quatre intimées collectivement les «autres intimées». Les autres intimées ne sont pas liées par convention collective avec la section locale 1288P des TUAC, et elles sont des tiers relativement au conflit de travail entre Allsco et le syndicat.

De mai à juillet 1996, les membres de la section locale 1288P des TUAC, ont, à 13 reprises, distribué des tracts à l’extérieur des établissements des autres intimées. Sauf à une occasion, les membres du syndicat qui distribuaient les tracts le faisaient

one or two persons. The union members would approach vehicles entering the premises and offer the leaflet to vehicle occupants. The union members did not trespass onto the properties of the non-Allsco respondents. They did not carry any picket signs, parade back and forth, or conspicuously display any item that indicated that the union was involved in a labour dispute with Allsco, except by distributing the leaflet. Union members did not block any vehicles entering or exiting the premises. The only impact upon access to the premises of the non-Allsco respondents was that caused by union members approaching the vehicles to offer the leaflet. On some occasions, the union members wore hats identifying themselves as members of UFCW Local 1288P. Vehicles did stop from time to time at the entrance to the premises of the non-Allsco respondents, and a large number of leaflets were distributed.

The leaflet requested that the person reading the leaflet “[p]lease think twice” before purchasing Allsco products or the vinyl siding that Allsco distributed, on the basis that Allsco had locked UFCW Local 1288P members out of their jobs. The leaflet asked its reader to help union members get back to work, by not buying Allsco products, or by the reader asking his or her contractor not to buy from Allsco. The leaflet stated that, by not buying Allsco products, the reader of the leaflet would help the union send a simple message to the owners of Allsco, namely, in the words of the leaflet:

Come back to the bargaining table. Treat the employees who helped you build your company with respect and dignity. Give us back the ability to support our families and watch them grow.

The leaflet stated that working conditions at Allsco were harsh, with many union members earning less than \$7.00 an hour, and with a health-and-safety audit having found that Allsco scored 6 out of 100. The leaflet stated that the workers had been denied water during the month of July, and had

toujours individuellement ou en paires. Les membres du syndicat s’approchaient des véhicules arrivant sur les lieux et offraient les tracts à leurs occupants. Ils n’ont commis aucune intrusion sur les propriétés des autres intimées. Ils ne portaient pas de pancartes, ne faisaient pas les cent pas et n’exhibaient rien qui aurait pu indiquer que le syndicat était partie à un conflit de travail avec Allsco, à l’exception des tracts qu’ils distribuait. Les membres du syndicat n’ont empêché aucun véhicule de se rendre aux lieux visés par leurs activités ou d’en sortir. Le seul effet de ces activités sur l’accès aux établissements des autres intimées était celui causé par les membres du syndicat qui s’approchaient des véhicules pour offrir les tracts. À certaines occasions, les membres du syndicat portaient des chapeaux les identifiant comme membres de la section locale 1288P des TUAC. Des véhicules s’arrêtaient parfois à l’entrée des établissements des autres intimées. Un grand nombre de tracts ont été distribués.

Dans le tract, on disait aux lecteurs d’y [TRADUCTION] «[r]éfléchi[r] à deux fois» avant d’acheter des produits Allsco ou le bardage en vinyle distribué par cette dernière, car elle avait mis les membres de la section locale 1288P des TUAC en lock-out. Le tract demandait aux lecteurs d’aider les membres du syndicat à reprendre le travail en s’abstenant d’acheter des produits Allsco ou en demandant à leurs entrepreneurs de ne pas le faire. Le tract disait que, en n’achetant pas de produits Allsco, les lecteurs aideraient le syndicat à envoyer un message simple aux propriétaires de cette entreprise, c’est-à-dire, pour reprendre les termes mêmes du tract:

[TRADUCTION] Revenez à la table de négociation. Traitez avec dignité et respect les employés qui vous ont aidés à bâtir votre compagnie. Redonnez-nous les moyens de subvenir aux besoins de nos familles et de regarder nos enfants grandir.

Le tract disait que les conditions de travail chez Allsco étaient pénibles, que bon nombre de syndiqués gagnaient moins de 7 \$ l’heure et que Allsco n’avait obtenu qu’un résultat de 6 sur 100 à l’occasion d’une vérification en matière de santé et de sécurité. Le tract précisait qu’on avait défendu

been kept from going to the bathroom as necessary.

aux travailleurs de boire de l'eau pendant le mois de juillet et d'aller aux toilettes lorsqu'ils en éprouvaient le besoin.

7 According to the agreed statement of facts, the union's reason for handing out the leaflet to those entering the premises of the four non-Allsco respondents was solely to encourage the public at points of consumer purchase to support a boycott of Allsco products. UFCW Local 1288P members did not orally ask anyone not to do business with the non-Allsco respondents, or ask suppliers to refrain from making deliveries to the non-Allsco respondents, or ask employees of these respondents not to go to work.

Selon l'exposé conjoint des faits, si le syndicat distribuait le tract à ceux qui se rendaient chez les autres intimées, c'était dans le seul but d'inviter les membres du public qui se trouvaient aux points de vente à soutenir un boycottage des produits Allsco. Les membres de la section locale 1288P des TUAC n'ont pas demandé verbalement à quiconque de ne pas faire affaires avec les autres intimées, ni invité les fournisseurs à ne pas faire de livraisons à ces dernières, ni demandé aux employés de celles-ci de ne pas se rendre au travail.

8 On August 12, 1996, Allsco and the other four respondents successfully applied for an interlocutory injunction against UFCW Local 1288P, enjoining union members from distributing leaflets outside the premises of the four non-Allsco respondents. The basis for the issuance of the injunction was that the union was engaging in secondary picketing of the non-Allsco respondents, which was said to be prohibited by s. 104(2) of the New Brunswick *Industrial Relations Act*. The respondents then applied for a permanent injunction.

Le 12 août 1996, Allsco et les quatre autres intimées ont réussi à obtenir, contre la section locale 1288P des TUAC, une injonction interlocutoire qui interdisait aux membres du syndicat de distribuer des tracts à l'extérieur des établissements des autres intimées. L'injonction a été accordée sur le fondement que le syndicat faisait du piquetage secondaire chez les autres intimées, activité que le tribunal a déclarée interdite par le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick. Les intimées ont ensuite sollicité une injonction permanente.

## II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

## II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

### 9 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

. . .

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

*Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4*

5(4) Nothing in this section or in this Act shall be deemed to deprive a trade union, or a council of trade unions, or a person acting on behalf of a trade union or council of trade unions, of freedom to express its or his views so long as it or he does not exercise that freedom in a manner that is coercive, intimidating, threatening or intended to unduly influence any person:

104(1) Where there is a strike that is not unlawful under this Act or a lock-out, a trade union or council of trade unions, members of which are on strike or locked out, and anyone authorized by the trade union or council of trade unions, may, at the employer's place of business, operations or employment, and without acts that are otherwise unlawful, persuade or endeavour to persuade anyone not to

(a) enter the employer's place of business, operations or employment,

(b) deal in or handle the products of the employer, or

(c) do business with the employer.

104(2) Except as provided in subsection (1), in respect of matters to which this Act applies, no trade union or council of trade unions or other person shall persuade or endeavour to persuade anyone not to

(a) enter an employer's place of business, operations or employment,

(b) deal in or handle the products of any person, or

(c) do business with any person.

104(3) Public expressions of sympathy or support, otherwise than by picketing, on the part of trade unions or others not directly concerned in the strike or lock-out do not contravene subsection (2).

### III. Judicial History

#### A. *New Brunswick Court of Queen's Bench* (1997), 187 N.B.R. (2d) 241

The respondents appeared before Russell J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench seeking a declaration that UFCW Local 1288P had engaged in illegal picketing contrary to s. 104 of

### *Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4*

5(4) Aucune disposition de la présente loi n'est réputée priver un syndicat ou un conseil syndical, ou une personne agissant pour le compte d'un syndicat ou d'un conseil syndical, de la liberté d'exprimer ses points de vue, pourvu qu'ils n'exercent pas cette liberté d'une manière qui soit contraignante, intimidante, menaçante ou qui tende à influencer indûment une personne.

104(1) Lorsqu'une grève ou un lock-out n'est pas illégal en application de la présente loi, un syndicat ou un conseil syndical dont les membres sont en grève ou frappés de lock-out, ainsi que toute personne autorisée par le syndicat ou le conseil syndical, peuvent, au lieu d'affaires, d'activités ou de travail de l'employeur, sans avoir recours à des mesures qui sont autrement illégales, persuader ou s'efforcer de persuader quiconque de ne pas

a) entrer dans le lieu d'affaires, d'activités, ou de travail de l'employeur,

b) tenir ou faire le commerce des produits de l'employeur, ou

c) faire des affaires avec l'employeur.

104(2) Sous réserve des dispositions du paragraphe (1), dans les cas où s'applique la présente loi, aucun syndicat, ni aucun conseil syndical, ni toute autre personne ne doit persuader ou s'efforcer de persuader quiconque de ne pas

a) entrer dans le lieu d'affaires, d'activités ou d'emploi d'un employeur,

b) faire le commerce des produits de l'employeur (*sic*) ou de les tenir, ni

c) faire des affaires avec qui que ce soit.

104(3) Les manifestations publiques de sympathie ou d'appui, autres que le piquetage, de la part des syndicats ou autres qui ne sont pas directement impliqués dans la grève ou le lock-out, ne constituent pas une contravention au paragraphe (2).

### III. L'historique des procédures judiciaires

#### A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (1997), 187 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 241

Les intimées se sont présentées devant le juge Russell de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick et ont sollicité, d'une part, un jugement déclaratoire portant que la section locale

the *Industrial Relations Act*, and an order making permanent the interlocutory injunction prohibiting leafleting by union members outside the premises of the non-Allsco respondents. UFCW Local 1288P argued that their leafleting activities were permissible under s. 104 of the *Industrial Relations Act*, or alternatively that s. 104 of the Act constituted an unjustifiable infringement of the union's freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*.

11 Russell J. found that the union's activities in distributing leaflets outside the premises of the non-Allsco respondents were in violation of s. 104(2) of the *Industrial Relations Act*, because the union members were there to discourage members of the public from entering the premises and from buying or dealing in Allsco products, thereby causing economic harm to all of the respondents. Further, he did not accept that s. 104(3) of the Act, which permits "[p]ublic expressions of sympathy or support, otherwise than by picketing, on the part of trade unions or others not directly concerned in the strike or lock-out", was applicable in the circumstances.

12 In finding that UFCW Local 1288P's leafleting activities amounted to picketing and thus fell within s. 104(2), Russell J. relied upon the description of picketing set out in the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *O.K. Economy Stores v. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345. The Saskatchewan decision described picketing as involving the physical presence of persons called pickets in the vicinity of the entrance to the targeted business premises, and the conveying of information by any of a variety of means with the object of inducing a boycott of the picketed premises by employees, customers, suppliers, and others on whom the employer is dependent for the successful operation of the enterprise. Russell J. also relied upon the description of

1288P des TUAC avait utilisé des méthodes de persuasion illégales, en contravention de l'art. 104 de la *Loi sur les relations industrielles*, et, d'autre part, une ordonnance rendant permanente l'injonction interlocutoire interdisant la distribution de tracts par les membres du syndicat à l'extérieur des établissements des autres intimées. La section locale 1288P des TUAC a plaidé que ses activités de distribution de tracts étaient autorisées par l'art. 104 de la *Loi sur les relations industrielles*, ou, subsidiairement, que l'art. 104 de la Loi constituait une atteinte injustifiable à la liberté d'expression garantie au syndicat par l'al. 2b) de la *Charte*.

Le juge Russell a conclu que la distribution de tracts faite par le syndicat à l'extérieur des établissements des autres intimées contrevenait au par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* parce que les syndiqués étaient là pour dissuader le public d'entrer dans les établissements et d'acheter des produits Allsco ou d'en faire le commerce, causant ainsi un préjudice financier à toutes les intimées. De plus, il n'a pas retenu l'argument que le par. 104(3) de la Loi, qui permet «[l]es manifestations publiques de sympathie ou d'appui, autres que le piquetage, de la part des syndicats ou autres qui ne sont pas directement impliqués dans la grève ou le lock-out», s'appliquait dans les circonstances.

Pour conclure que la distribution de tracts faite par la section locale 1288P des TUAC équivalait à du piquetage et était donc visée par le par. 104(2), le juge Russell s'est fondé sur la définition de piquetage énoncée dans l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan *O.K. Economy Stores c. R.W.D.S.U., Local 454* (1994), 118 D.L.R. (4th) 345. Dans cette décision émanant de la Saskatchewan, on a décrit le piquetage comme une activité comportant la présence de personnes appelées piqueteurs près de l'entrée de l'établissement visé ainsi que la communication de renseignements par tout moyen en vue d'amener le boycottage de l'établissement en cause par ses employés, ses clients, ses fournisseurs et d'autres personnes dont l'employeur dépend pour le succès de son entreprise. Le juge Russell s'est aussi appuyé sur la définition de [TRADUCTION] «piquetage secon-

“secondary picketing” set out in *O.K. Economy Stores* (at p. 359):

Secondary picketing is . . . the picketing of a business, unionized or non-unionized, which has no labour dispute with the union, but which does business with the primary employer who is engaged in a labour dispute with the union with the objective of inducing breach of contract or interfering with the secondary employer’s trade.

Moving on to address the *Charter* motion, Russell J. stated that there was little question that s. 104(2) of the *Industrial Relations Act* infringed s. 2(b) of the *Charter*. However, he found that the impugned provision was justified under s. 1 of the *Charter*. He stated (at p. 259) that the decision of this Court in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, had “essentially laid to rest” the question of whether legislation restricting secondary picketing is a reasonable limit on freedom of expression under the *Charter*. Russell J. cited the statement of McIntyre J. in *Dolphin Delivery* to the effect that (at p. 592) “a limitation on secondary picketing against a third party, that is, a non-ally, would be a reasonable limit in the facts of this case”. He stated that, “[g]iven the specific references to secondary picketing” in the *Dolphin Delivery* decision, “it is not necessary for me to revisit *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103” (p. 259).

In support of his conclusion on the *Charter* issue, Russell J. referred to the decision of the British Columbia Supreme Court in what is now the companion appeal of *KMart Canada Ltd. v. U.F.C.W., Local 1518* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162. In the passages quoted by Russell J. from the British Columbia case, Huddart J. noted that a provincial statutory labour relations regime is a complex compromise in which the interests of labour, management, and the public are sought to be balanced, such that deference to the legislature is in order in evaluating a provision which restricts secondary picketing rights. She found that there was a qualitative distinction between, on the one hand,

daire» qui a été énoncée dans l’arrêt *O.K. Economy Stores* (à la p. 359):

[TRADUCTION] Le piquetage secondaire consiste à piquer une entreprise, syndiquée ou non, qui n’a aucun conflit de travail avec le syndicat, mais qui fait affaire avec l’employeur principal en conflit de travail avec le syndicat, dans le but de provoquer une rupture de contrat ou de gêner les activités de l’employeur secondaire.

Examinant ensuite la requête fondée sur la *Charte*, le juge Russell a dit qu’il ne faisait pas de doute que le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* contrevenait à l’al. 2b) de la *Charte*. Il a toutefois conclu que la disposition contestée était justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Il a dit (à la p. 259) que la question de savoir si une loi restreignant le piquetage secondaire constituait une limite raisonnable à la liberté d’expression au sens de la *Charte* avait [TRADUCTION] «essentiellement été tranchée une fois pour toutes» par l’arrêt de notre Cour *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Le juge Russell a cité l’observation faite par le juge McIntyre dans l’arrêt *Dolphin Delivery* (à la p. 592) selon laquelle «compte tenu des faits de la présente affaire, la limite imposée au piquetage secondaire dirigé contre un tiers, c.-à-d. contre un non-allié, est raisonnable». Il a dit que, [TRADUCTION] «[é]tant donné les références expresses au piquetage secondaire» faites dans *Dolphin Delivery*, «il est inutile que je revienne sur l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103» (p. 259).

À l’appui de sa conclusion sur la question de la *Charte*, le juge Russell s’est référé à la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans ce qui est maintenant le pourvoi connexe *KMart Canada Ltd. c. U.F.C.W., Local 1518* (1995), 14 B.C.L.R. (3d) 162. Dans les extraits de cette affaire cités par le juge Russell, le juge Huddart a souligné qu’un régime législatif provincial en matière de relations du travail était un compromis complexe visant à mettre en équilibre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public, de sorte qu’il fallait faire montre de retenue envers le législateur dans l’examen d’une disposition restreignant le droit de se livrer au piquetage secondaire. Elle a

13

14

secondary picketing through leafleting and, on the other hand, other “[e]xpressive activities such as press releases, letters to affected third parties, television or newspaper advertisements, leaflets distributed at support rallies or in the neighbourhood, or left on cars in mall parking lots” (p. 191). Huddart J. found that this latter class of expressive activities could be regarded as “primarily informational”, whereas secondary picketing by leafleting is “primarily an economic weapon . . . intended to cause economic harm”, much like “conventional picketing” (p. 191). Huddart J. found that the economic purpose of leafleting overtakes its informational purpose, thus justifying legislative restrictions upon it.

conclu qu’il y avait une distinction qualitative entre, d’une part, le piquetage secondaire accompli par la distribution de tracts et, d’autre part, d’autres [TRADUCTION] «[m]oyens d’expression comme les communiqués de presse, les lettres aux tiers touchés, la publicité à la télévision ou dans les journaux, les tracts qui sont soit distribués à des manifestations d’appui ou dans le voisinage, soit laissés sur les voitures dans les stationnements de centres commerciaux» (p. 191). Le juge Huddart a conclu que l’on pouvait considérer que l’objectif de cette dernière forme de moyens d’expression était [TRADUCTION] «avant tout d’informer», tandis que le piquetage secondaire prenant la forme de distribution de tracts constitue [TRADUCTION] «surtout une arme économique employée [. . .] dans l’intention de causer un préjudice financier», sensiblement de la même façon que le «piquetage classique» (p. 191). Le juge Huddart a conclu que l’aspect économique de la distribution de tracts prenait le pas sur son aspect informatif, de sorte que cela justifiait que la loi y apporte des restrictions.

15 Russell J. concluded that Huddart J.’s analysis and conclusions in the British Columbia case applied to the facts of the case before him. He allowed the motion for a permanent injunction, declaring that UFCW Local 1288P’s leafleting activities constituted illegal picketing contrary to s. 104(2) of the *Industrial Relations Act*.

Le juge Russell a conclu que l’analyse et les conclusions du juge Huddart dans l’affaire de la Colombie-Britannique s’appliquaient aux faits du cas dont il était saisi. Il a accueilli la requête en injonction permanente, déclarant que la distribution de tracts par la section locale 1288P des TUAC constituait du piquetage illégal, interdit par le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles*.

B. *New Brunswick Court of Appeal* (1997), 190 N.B.R. (2d) 96

B. *Cour d’appel du Nouveau-Brunswick* (1997), 190 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 96

16 UFCW Local 1288P appealed the decision of Russell J. to the New Brunswick Court of Appeal, which unanimously dismissed its appeal in reasons delivered by Bastarache J.A. (as he then was). Bastarache J.A. agreed with the definition of “secondary picketing” applied by the trial judge. He found that the trial judge was correct in holding that the leafleting at issue amounted to picketing,

La section locale 1288P des TUAC a interjeté appel de la décision du juge Russell auprès de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, qui a rejeté l’appel à l’unanimité pour les motifs exposés par le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour). Le juge Bastarache a souscrit à la définition de [TRADUCTION] «piquetage secondaire» appliquée par le juge de première instance. Il a statué que le juge de première instance avait eu raison de conclure que la distribution de tracts en cause équiva-

and that s. 104(3) of the *Industrial Relations Act* had no application on the facts of the case.

With regard to the validity of s. 104(2) of the *Industrial Relations Act*, Bastarache J.A. agreed that the impugned provision infringed s. 2(b) of the *Charter*, but found that it was justified under s. 1. He stated that the decision of this Court in *Dolphin Delivery*, *supra*, was determinative that the valid objective underlying provisions such as s. 104(2) was to protect third parties from economic harm. He found that there was no onus on the respondents to prove actual harm. Bastarache J.A. stated that the *Industrial Relations Act* was “part of the political and economic compromise between labour and free market forces” (p. 107), and that a balancing of these interests was required under s. 1. He agreed with the reasoning of Huddart J. in the *KMart* decision, *supra*, to the effect that secondary leafleting was “essentially an economic weapon, and that the economic purpose here was greater than the informational purpose” (p. 108). Taking into account the economic purpose of picketing, the harm caused, and the fact that the impugned legislation “does not limit the right to freedom of expression drastically” (p. 108), Bastarache J.A. found the legislation to be demonstrably justified under s. 1.

#### IV. Issues

There are two issues in this appeal:

1. Are the leafleting activities engaged in by the members of UFCW Local 1288P prohibited by s. 104(2) of the *Industrial Relations Act*?
2. If the answer to the first question is yes, does s. 104(2) of the *Industrial Relations Act* infringe s. 2(b) of the *Charter*, and if so is it saved under s. 1 of the *Charter*?

lait à du piquetage et que le par. 104(3) de la *Loi sur les relations industrielles* ne s’appliquait pas aux faits de l’affaire.

Relativement à la validité du par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles*, le juge Bastarache a convenu que la disposition contestée violait l’al. 2b) de la *Charte*, mais il a conclu qu’elle était justifiée au regard de l’article premier. Il a affirmé que l’arrêt de notre Cour *Dolphin Delivery*, précité, avait établi décisivement que l’objectif valide qui est le fondement de dispositions tel le par. 104(2) est la protection des tiers contre les préjudices financiers. Il a conclu qu’il n’incombait pas aux intimées de prouver l’existence d’un préjudice concret. Le juge Bastarache a dit que la *Loi sur les relations industrielles* faisait [TRADUCTION] «partie du compromis politique et économique établi entre les forces du syndicalisme et du marché» (p. 107), et que l’article premier exigeait la mise en équilibre de ces intérêts. Souscrivant au raisonnement du juge Huddart dans *KMart*, précité, il a affirmé que la distribution secondaire de tracts était [TRADUCTION] «essentiellement une arme économique, et que l’aspect économique l’emporte ici sur l’aspect informatif» (p. 108). Tenant compte de l’aspect économique du piquetage, du préjudice causé et du fait que la mesure législative contestée [TRADUCTION] «ne limite pas radicalement le droit à la liberté d’expression» (p. 108), le juge Bastarache a conclu que cette mesure était justifiée au regard de l’article premier.

#### IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les deux questions suivantes:

1. La distribution de tracts à laquelle se sont livrés les membres des TUAC, section locale 1288P, est-elle interdite par le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* contrevient-il à l’al. 2b) de la *Charte*, et, dans l’affirmative, sa validité est-elle sauvegardée par l’article premier de la *Charte*?

By order dated June 29, 1998, the following constitutional questions were stated for this Court's consideration:

1. Does s. 104(2) of the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, limit freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to the extent that it prohibits union members from distributing leaflets elsewhere than at the employer's place of business in the context of a labour dispute?
2. If the answer to Question 1 is yes, is the limit reasonable and demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

#### V. Analysis

19

Cory J. in the *KMart* case has thoroughly explained the fundamental importance of freedom of expression in the labour relations context. It is not necessary to discuss the issue in detail again since I agree with Cory J.'s analysis on this point, and will rely upon it here. As Cory J. states, it is essential to the well-being of employees and of society as a whole for unions and their members to be able to communicate accurate information regarding the circumstances of a labour dispute. Leafleting has historically been and continues to be a particularly important means whereby such information may be transmitted, given the ease with which leaflets may be distributed, the immediacy of the transmission of the message, and the relatively small associated financial cost. Accordingly, as Cory J. holds and as the parties in the present appeal concede, a legislative prohibition on peaceful leafleting by unions and union members clearly constitutes a *prima facie* infringement, under s. 2(b) of the *Charter*, of the freedom to express a particularly valuable form of information. Moreover, importantly, as is explained in *KMart*, such a prohibition cannot be justified under s. 1 of the *Charter*, and is accordingly invalid. It is in this light that the analysis in this appeal must be conducted.

En vertu d'une ordonnance datée du 29 juin 1998, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées et soumises à notre Cour pour examen:

1. Le paragraphe 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, restreint-il la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans la mesure où il interdit aux syndiqués de distribuer des tracts ailleurs qu'au lieu d'affaires de l'employeur dans le cadre d'un conflit de travail?
2. En cas de réponse affirmative à la première question, s'agit-il d'une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*?

#### V. L'analyse

Dans l'arrêt *KMart*, le juge Cory explique en détail l'importance fondamentale de la liberté d'expression dans le contexte des relations du travail. Il n'est pas nécessaire d'examiner à nouveau cette question de manière approfondie puisque je souscris à l'analyse du juge Cory à cet égard, et je vais l'appliquer en l'espèce. Comme l'affirme le juge Cory, il est essentiel pour le bien-être des employés et de la société en général que les syndicats et leurs membres puissent communiquer des renseignements exacts sur les circonstances d'un conflit de travail. La distribution de tracts a toujours été et continue d'être un moyen particulièrement important de communiquer de l'information de cette nature, en raison de la facilité avec laquelle des tracts peuvent être distribués, du caractère immédiat de la transmission du message et des coûts relativement peu élevés de cette activité. Par conséquent, comme le conclut le juge Cory et le concèdent les parties au présent pourvoi, une mesure législative interdisant la distribution pacifique de tracts par les syndicats et par leurs membres constitue manifestement une atteinte *prima facie* à la liberté — garantie par l'al. 2b) de la *Charte* — d'exprimer un type particulièrement important d'information. Qui plus est, fait important qui a été expliqué dans l'arrêt *KMart*, une telle interdiction ne peut pas être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* et elle est donc invalide. C'est sous cet éclairage que doit être faite l'analyse en l'espèce.

The central question at issue in this appeal is whether s. 104(2) of the *Industrial Relations Act* actually prohibits leafleting of the type described by Cory J. in *KMart*, namely, the peaceful distribution of leaflets accurately setting out the position of employees involved in a labour dispute with their employer. As emphasized by Cory J., an essential aspect of such leafleting is that it does not involve intimidation, coercion, or similar consequences in the course of, or as a result of, the transmission of its message. In my view, the leafleting described in the agreed statement of facts in the present case falls within the definition of permissible peaceful leafleting outlined by Cory J.

On its face, s. 104(2) appears to prohibit even peaceful leafleting of this variety. The provision reads as follows:

**104(2)** Except as provided in subsection (1), in respect of matters to which this Act applies, no trade union or council of trade unions or other person shall persuade or endeavour to persuade anyone not to

- (a) enter an employer's place of business, operations or employment,
- (b) deal in or handle the products of any person, or
- (c) do business with any person. [Emphasis added.]

The language of s. 104(2) suggests that all forms of persuasion or attempts to persuade by a union or its members that are aimed at preventing members of the public from purchasing an employer's products are proscribed, subject to s. 104(1), which permits picketing outside the premises of the primary employer. Because the leafleting that was engaged in by UFCW Local 1288P was designed to persuade consumers not to purchase Allsco products, and did not occur in a manner authorized by s. 104(1), it would seem to be prohibited by s. 104(2). This was the conclusion of the courts below, and indeed it was also the submission of the appellant and all respondents before this Court, who argued that the only real issue to consider was

La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* interdit réellement le genre de distribution de tracts que décrit le juge Cory dans l'arrêt *KMart*, c.-à-d. la distribution pacifique de tracts indiquant de façon exacte la position des employés qui sont parties à un conflit de travail avec leur employeur. Comme l'a souligné le juge Cory, un aspect essentiel d'une telle distribution de tracts est qu'elle ne donne pas lieu à de l'intimidation, de la contrainte ou d'autres conséquences analogues dans le cadre de la communication du message. Je suis d'avis que la distribution de tracts décrite dans l'exposé conjoint des faits en l'espèce est visée par la définition qu'a donnée le juge Cory des activités permises de distribution pacifique de tracts.

À première vue, le par. 104(2) semble prohiber ce genre de distribution pacifique de tracts. Cette disposition est ainsi rédigée:

**104(2)** Sous réserve des dispositions du paragraphe (1), dans les cas où s'applique la présente loi, aucun syndicat, ni aucun conseil syndical, ni toute autre personne ne doit persuader ou s'efforcer de persuader quiconque de ne pas

- a) entrer dans le lieu d'affaires, d'activités ou d'emploi d'un employeur,
- b) faire le commerce des produits de l'employeur (*sic*) ou de les tenir, ni
- c) faire des affaires avec qui que ce soit. [Je souligne.]

Le texte du par. 104(2) suggère que toute forme de persuasion ou de tentative de persuasion de la part d'un syndicat ou de ses membres visant à empêcher les membres du public d'acheter les produits d'un employeur est interdite, sous réserve du par. 104(1), qui permet le piquetage à l'extérieur de l'établissement de l'employeur principal. Puisque la distribution de tracts à laquelle s'est livrée la section locale 1288P des TUAC visait à persuader les consommateurs de ne pas acheter de produits Allsco et qu'elle ne s'est pas déroulée d'une manière autorisée par le par. 104(1), elle semble être interdite par le par. 104(2). C'est ce qu'ont conclu les tribunaux d'instance inférieure, et c'est d'ailleurs ce qu'ont soutenu l'appelante et toutes les intimées devant notre Cour, affirmant que la

whether the prohibition contained in s. 104(2) was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

22

However, as was brought to this Court's attention by the intervener, the Attorney General for New Brunswick, there is another relevant provision of the *Industrial Relations Act*, in light of whose interpretive guidance s. 104(2) must be construed. Section 5(4) states:

Nothing in this section or in this Act shall be deemed to deprive a trade union, or a council of trade unions, or a person acting on behalf of a trade union or council of trade unions, of freedom to express its or his views so long as it or he does not exercise that freedom in a manner that is coercive, intimidating, threatening or intended to unduly influence any person.

Section 5(4) does not appear to have been relied upon by counsel for the various parties in the courts below because it was not referred to by the Court of Appeal or by Russell J. If counsel had brought s. 5(4) to the courts' attention, given the fundamental relevance of the section to the freedom of expression issue in this appeal, there is no doubt that the provision would have been discussed in the decisions below.

23

On its face, s. 5(4) authorizes a union and its members to express their views freely, provided the manner chosen to express those views is not coercive, intimidating, threatening, or intended to have an undue influence upon any person. Were it not for s. 104(2), it would be clear by virtue of s. 5(4) that the peaceful distribution of leaflets at issue in this appeal was authorized by the Act. The question is how to reconcile s. 5(4) with s. 104(2).

24

It might be argued that the two provisions are reconcilable in a manner that would still see peaceful leafletting prohibited by s. 104(2). One could see s. 104(2) as a specific prohibition against "persuasion" of the forms described therein, while s. 5(4) is a more general guarantee that addresses

seule véritable question à trancher était celle de savoir si l'interdiction prévue par le par. 104(2) était justifiable au regard de l'article premier de la *Charte*.

Toutefois, comme l'a signalé à notre Cour le procureur général du Nouveau-Brunswick intervenant, il existe une autre disposition pertinente de la *Loi sur les relations industrielles*, à la lumière de laquelle il faut interpréter le par. 104(2). Voici le texte du par. 5(4):

Aucune disposition de la présente loi n'est réputée priver un syndicat ou un conseil syndical, ou une personne agissant pour le compte d'un syndicat ou d'un conseil syndical, de la liberté d'exprimer ses points de vue, pourvu qu'ils n'exercent pas cette liberté d'une manière qui soit contraignante, intimidante, menaçante ou qui tende à influencer indûment une personne.

Le paragraphe 5(4) ne semble pas avoir été invoqué par les avocats des diverses parties devant les tribunaux d'instance inférieure, puisque ni la Cour d'appel ni le juge Russell n'en ont fait mention. Étant donné l'importance capitale du par. 5(4) relativement à la question de la liberté d'expression dans le cadre du présent pourvoi, il ne fait aucun doute que son rôle aurait été abordé dans les décisions des tribunaux d'instance inférieure, si les avocats avaient attiré leur attention sur cette disposition.

Suivant le texte même du par. 5(4), cette disposition autorise les syndicats et leurs membres à exprimer leurs vues librement, pourvu que la manière choisie pour le faire ne soit pas contraignante, intimidante, menaçante ou qu'elle ne tende pas à influencer indûment une personne. Si ce n'était du par. 104(2), il serait clair, compte tenu de l'existence du par. 5(4), que la Loi autorise la distribution pacifique de tracts en litige dans le présent pourvoi. La question est de savoir comment concilier le par. 5(4) et le par. 104(2).

On pourrait prétendre que les deux dispositions peuvent être conciliées de manière à maintenir l'interdiction, par le par. 104(2), de la distribution pacifique de tracts. Ainsi le par. 104(2) pourrait être considéré comme une interdiction visant précisément les formes de «persuasion» qui y sont

the more neutral and harmless activity of “expressing views”. By this reasoning, leafleting outside a secondary employer would be prohibited because it is specifically designed to persuade consumers to cause economic harm to the primary employer, whereas other, more indirect forms of expressing the union’s views would be permitted, because their harmful effects are more diffuse.

However, aside from the fact that it is difficult to draw a principled distinction between peaceful persuasion by leafleting and peaceful persuasion by other means, there is, in any event, another, equally plausible construction of s. 104(2). It could be argued that the word “persuade” in s. 104(2) should be interpreted narrowly, in light of s. 5(4), to mean persuasion that is coercive, intimidating, threatening, or intended to cause undue influence. As Cory J. has explained in the *KMart* decision, these latter characteristics are generally associated with conventional picketing, which often has the effect of erecting a barrier that consumers, employees, and suppliers are reluctant to cross. Notwithstanding conventional picketing’s important role and sometimes salutary effects for employees, it can be intimidating and unduly influential to the point that, if not permitted by statute, it might in some cases be enjoined as tortious. Indeed, it is hard to read the words of s. 5(4) without seeing within them a legislative attempt to distinguish picketing from forms of expression that are peaceful and unthreatening for the recipient of the message. Given that most labour relations statutes prohibit secondary conventional picketing by reason of the undue influence and sometimes tortious harm that is caused by such picketing, it is reasonable to see s. 104(2) as being aimed at this type of expression, rather than peaceful persuasion.

décrites, et le par. 5(4) comme une garantie plus générale protégeant l’activité plus neutre et inoffensive que constitue «l’expression de points de vue». Suivant ce raisonnement, la distribution de tracts à l’extérieur de l’établissement d’un employeur secondaire serait interdite parce qu’elle vise expressément à persuader les consommateurs de causer un préjudice financier à l’employeur principal, tandis que d’autres moyens, plus indirects, d’exprimer les vues du syndicat seraient permis parce que leurs effets préjudiciables sont plus diffus.

Cependant, outre le fait qu’il est difficile d’établir une distinction fondée sur des principes entre la persuasion pacifique par la distribution de tracts et la persuasion pacifique par d’autres moyens, il existe de toute manière une autre interprétation tout aussi plausible du par. 104(2). En effet, il est possible d’affirmer que, à la lumière du par. 5(4), le mot «persuader» figurant au par. 104(2) doit être interprété restrictivement et qu’il vise la persuasion qui est contraignante, intimidante, menaçante ou qui tend à influencer indûment. Comme l’a expliqué le juge Cory dans *KMart*, ces dernières caractéristiques sont généralement associées au piquetage classique, qui a souvent pour effet d’ériger une barrière que les consommateurs, les employés et les fournisseurs hésitent à franchir. Malgré le rôle important et parfois salutaire du piquetage classique pour les employés, cette activité peut être intimidante et peut avoir une influence indue, à tel point que, si elle n’était pas permise par la loi, elle pourrait dans certains cas être interdite en raison de son caractère délictueux. De fait, il est difficile d’interpréter le texte du par. 5(4) sans y voir une tentative d’établir, dans la loi, une distinction entre le piquetage et d’autres formes d’expression pacifiques et non intimidantes pour la personne qui reçoit le message. Étant donné que la plupart des lois sur les relations du travail interdisent le piquetage secondaire classique en raison de l’influence indue de ce genre de piquetage et des dommages délictueux qui en découlent parfois, il est raisonnable de considérer que le par. 104(2) vise cette forme d’expression plutôt que la persuasion pacifique.

26

In my view, the two alternative constructions of s. 104(2) that I have just described are, at best, equally plausible. In light of the legislature's clear effort to protect peaceful expression by enacting a general interpretive provision in s. 5(4), I am inclined to find that the second suggested construction is more plausible than the first. However, I will accept for the purposes of analysis that the two constructions are equally plausible. Nonetheless, the second suggested construction must prevail, by virtue of the accepted principle of statutory interpretation that, where a provision is open to two possible interpretations, and one interpretation would run afoul of a *Charter* right or freedom, the alternative interpretation is to be preferred: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, *per* Lamer J.; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 581-82, *per* Lamer C.J.

27

In the present case, it is clear from the reasons of Cory J. in *KMart* that an interpretation of s. 104(2) that would see the provision prohibit the peaceful distribution of leaflets would constitute not only an infringement of s. 2(b) of the *Charter*, but also an infringement that is not saved under s. 1. Accordingly, s. 104(2) must be read as applying only to forms of persuasion that are coercive, intimidating, threatening, or intended to cause undue influence, in line with the legislative intent expressed in s. 5(4) and with the spirit of the *Charter*. It follows that the legislation does not infringe s. 2(b) of the *Charter* on the facts of this case, because it does not prohibit peaceful leafleting. It follows as well that the trial judge erred in issuing an injunction to stop the members of UFCW Local 1288P from engaging in the peaceful distribution of leaflets outside the premises of the non-Allsco respondents.

28

Having said this, I would emphasize the point made by Cory J. in the *KMart* appeal that the question of whether leafleting in a particular case

À mon avis les deux interprétations possibles du par. 104(2) que je viens de décrire sont, au mieux, tout aussi plausibles l'une que l'autre. Vu les efforts qu'a déployés la législature pour protéger les formes d'expression pacifiques en édictant la disposition interprétative générale que constitue le par. 5(4), je suis enclin à conclure que la deuxième interprétation proposée est plus plausible que la première. Aux fins d'analyse, toutefois, je vais considérer qu'elles sont tout aussi plausibles l'une que l'autre. La deuxième interprétation proposée doit néanmoins l'emporter en vertu du principe d'interprétation législative accepté et suivant lequel, lorsqu'une disposition est susceptible de deux interprétations possibles et que l'une d'elles serait contraire à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, c'est l'autre qui doit être retenue: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078, le juge Lamer; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 581 et 582, le juge en chef Lamer.

En l'espèce, il ressort clairement des motifs du juge Cory dans *KMart* qu'une interprétation du par. 104(2) ayant pour effet d'interdire la distribution pacifique de tracts constituerait non seulement une atteinte à l'al. 2b) de la *Charte*, mais aussi une atteinte dont la validité ne serait pas sauvegardée par l'article premier. Par conséquent, il faut considérer que le par. 104(2) s'applique seulement aux formes de persuasion qui sont contraignantes, intimidantes, menaçantes ou qui tendent à influencer indûment, conformément à l'intention exprimée par la législature au par. 5(4) et à l'esprit de la *Charte*. Il s'ensuit que, eu égard aux faits de l'espèce, la mesure législative contestée ne contrevient pas à l'al. 2b) de la *Charte* parce qu'elle n'interdit pas la distribution pacifique de tracts. Il s'ensuit également que le juge de première instance a commis une erreur en accordant une injonction interdisant aux membres de la section locale 1288P des TUAC de se livrer à la distribution pacifique de tracts à l'extérieur des établissements des autres intimées.

Cela dit, je souligne que dans *KMart* le juge Cory a précisé que la question de savoir si, dans un cas particulier, la distribution de tracts outrepassé

crosses the line and becomes impermissible persuasion is largely a factual one. A judge or other adjudicator called upon to decide whether s. 104(2) of the *Industrial Relations Act* can be relied upon as prohibiting the conduct of a particular union or union member must carefully consider the evidence. He or she must ensure both that freedom of expression is protected and that those who are engaged in persuasive expression have respected the right of those receiving their message not to be coerced or intimidated into undertaking a particular course of conduct. In this way, the freedom of all may be reconciled.

#### VI. Disposition

The appeal is allowed with costs. The judgment of the New Brunswick Court of Appeal is set aside, and the order of the trial judge enjoining UFCW Local 1288P and its members from peacefully distributing leaflets is quashed. In light of the conclusion that s. 104(2) of the New Brunswick *Industrial Relations Act* does not prohibit the peaceful distribution of leaflets by a union or its members, it is not necessary to answer the constitutional questions.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Brown MacGillivray Stanley, Saint John.*

*Solicitors for the respondents: Clark & Company, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gabriel Bourgeois and J. Danie Roy, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: George H. Copley and Jennifer Button, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Retail Council of Canada: Miller Thomson, Toronto.*

les limites permises et devient de la persuasion interdite est, dans une large mesure, une question de fait. Le juge ou l'autre décideur appelé à trancher la question de savoir si le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* peut être invoqué pour interdire la conduite d'un syndicat ou d'un syndiqué donné doit examiner soigneusement la preuve. Il doit s'assurer, d'une part, que la liberté d'expression est protégée et, d'autre part, que ceux qui se livrent à des activités d'expression tendant à persuader respectent le droit qu'ont ceux qui reçoivent leur message de ne pas faire l'objet de contrainte ou d'intimidation visant à leur faire adopter une certaine ligne de conduite. De cette manière, il est possible de concilier la liberté de tous.

#### VI. Le dispositif

Le pourvoi est accueilli avec dépens. L'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick est écarté et l'ordonnance du juge de première instance interdisant à la section locale 1288P des TUAC et à ses membres de distribuer pacifiquement des tracts est annulée. Compte tenu de la conclusion que le par. 104(2) de la *Loi sur les relations industrielles* du Nouveau-Brunswick n'interdit pas la distribution pacifique de tracts par les syndicats et par leurs membres, il n'est pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante: Brown MacGillivray Stanley, Saint-Jean.*

*Procureurs des intimées: Clark & Company, Fredericton.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gabriel Bourgeois et J. Danie Roy, Fredericton.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: George H. Copley et Jennifer Button, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien du commerce de détail: Miller Thomson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Manufacturers' Association: Petrie Richmond Goss, Fredericton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des manufacturiers canadiens: Petrie Richmond Goss, Fredericton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.*

# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Procedural fairness — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Whether participatory rights accorded consistent with duty of procedural fairness — Whether failure to provide reasons violated principles of procedural fairness — Whether reasonable apprehension of bias.

BAKER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 817.

2. Review of discretion — Approach to review of discretionary decision making.

BAKER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 817.

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Equality rights — Definition of “spouse” — Family Law Act extending right to seek support to members of unmarried opposite-sex couples — Whether failure to provide same rights to members of same-sex couples infringes right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.

M. v. H., 3.

2. Charter of Rights — Equality rights — Indian bands — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members “ordinarily resident on the reserve” entitled to vote in band elections — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).

CORBIERE V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS), 203.

3. Charter of Rights — Remedy — Indian Act voter eligibility provisions violating Charter equality rights — Whether declaration of invalidity and suspension of effect of declaration appropriate remedy — Whether Indian band which brought Charter challenge should be exempted from suspension of effect of declaration.

CORBIERE V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS), 203.

## CONSTITUTIONAL LAW—Continued

4. Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Accused charged under Criminal Code with leaving scene of accident — Provincial legislation requiring persons involved in traffic accident to complete accident report — Whether accused’s statements made under compulsion in traffic report admissible in criminal proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1), (2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 252(1)(a) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 61(1), (1.1), (7).

R. v. WHITE, 417.

5. Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

WINKO V. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 625.

6. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

WINKO V. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 625.

7. Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

BESE V. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 722.

8. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder

## CONSTITUTIONAL LAW—Continued

— Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

BESE V. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 722.

9. Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

ORLOWSKI V. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 733.

10. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

ORLOWSKI V. BRITISH COLUMBIA (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 733.

11. Charter of Rights — Equality rights — Mental disability — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

R. V. LEPAGE, 744.

12. Charter of Rights — Fundamental justice — Vagueness — Improper onus — Overbreadth — Criminal Code providing for verdict of not criminally responsible on account of mental disorder — Not criminally responsible accused can be absolutely discharged, conditionally discharged or detained — Whether provisions infringe principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 672.54.

R. V. LEPAGE, 744.

13. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Judicial remuneration — Supreme Court judgment requiring Alberta to establish independent, objective and effective judicial compensation commission — Motion for directions to rule on whether Alberta required to pay reasonable expenses of judges incurred in participating in commission process

## CONSTITUTIONAL LAW—Continued

or related proceedings — Motion dismissed since not arising from implementation of judgment of Court.

R. V. CAMPBELL, 956.

14. Division of powers — Paramountcy — Application to foreclose granted under provincial Act during course of stay of proceedings under federal Act — Whether order given under provincial Act and all subsequent proceedings null through operation of doctrine of federal paramountcy — Family Farm Protection Act, C.C.S.M., c. F15, s. 8(1), (4) — Farm Debt Review Act, R.S.C., 1985, c. 25 (2nd Supp.), s. 23.

M & D FARM LTD. V. MANITOBA AGRICULTURAL CREDIT CORP., 961.

15. Charter of Rights — Equality rights — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members — Whether impugned legislation infringing equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.

DELISLE V. CANADA (DEPUTY ATTORNEY GENERAL), 989.

16. Charter of Rights — Freedom of association — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members and encourages unfair labour practices — Whether impugned legislation infringing freedom of association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.

DELISLE V. CANADA (DEPUTY ATTORNEY GENERAL), 989.

17. Charter of Rights — Freedom of expression — RCMP officer challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from application of Public Service Staff Relations Act and Part I of Canada Labour Code — RCMP officer alleging that impugned legislation prevents creation of independent employee association for RCMP members — Whether impugned legislation infringing freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Public Service Staff Relations Act, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 2 “employee” (e) — Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 6.

DELISLE V. CANADA (DEPUTY ATTORNEY GENERAL), 989.

18. Charter of Rights — Freedom of expression — Union members distributing leaflets at secondary sites during labour dispute — Provincial labour relations code prohibiting picketing at

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

secondary sites — Picketing defined broadly so as to include leafleting — Whether definition of picketing infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, c. 82, ss. 1(1), 65, 67.

U.F.C.W., LOCAL 1518 V. KMART CANADA LTD., 1083.

**COURTS**

1. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Constitutional questions — Court's jurisdiction to restate constitutional questions or make declaration of invalidity broader than that contained within questions.

CORBIERE V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS), 203.

2. Production of documents — Privilege — Defence document referred to in opening remarks — Document ordered produced for Crown — Whether production properly ordered — Whether miscarriage of justice resulted from order for production.

R. V. STONE, 290.

3. Appellate review — Judge on judicial review certifying question for consideration of Court of Appeal — Legal effect of certified question — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1).

BAKER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 817.

4. Judicial independence — Provincial Courts — Judicial remuneration — Supreme Court judgment requiring Alberta to establish independent, objective and effective judicial compensation commission — Motion for directions to rule on whether Alberta required to pay reasonable expenses of judges incurred in participating in commission process or related proceedings — Motion dismissed since not arising from implementation of judgment of Court.

R. V. CAMPBELL, 956.

**CRIMINAL LAW**

1. Defences — Insane and non-insane automatism — Accused killing wife after she had allegedly assaulted him verbally — Accused convicted of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment — Whether accused entitled to have either or both automatism defences left with the jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2, 16.

R. V. STONE, 290.

**CRIMINAL LAW—Concluded**

2. Evidence — Mental disorder — Protected statements — Admissibility — Accused charged with various sexual offences — Accused's mental condition assessed by psychiatrist — Accused's testimony at trial inconsistent with protected statement made to psychiatrist — Criminal Code providing that protected statement admissible in such a case for purpose of challenging accused's credibility — Protected statement tied to out-of-court statement made to police and ruled inadmissible at outset of trial — Whether protected statement also inadmissible — If so, whether it may be used to challenge accused's credibility — Interpretation of s. 672.21(3)(f) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

R. V. G. (B.), 475.

**EMPLOYMENT LAW**

1. Liability of employers — Intentional torts of employees — Child sexually abused while in residential care facility — Whether organization operating facility vicariously liable for employee's tortious conduct.

BAZLEY V. CURRY, 534.

2. Liability of employers — Intentional torts of employees — Children sexually abused by employee of boys' and girls' club — Most of assaults occurring at employee's home — Whether club vicariously liable for employee's tortious conduct.

JACOBI V. GRIFFITHS, 570.

**FAMILY LAW**

1. Spousal support — Definition of "spouse" — Family Law Act extending right to seek support to members of unmarried opposite-sex couples — Whether failure to provide same rights to members of same-sex couples infringes right to equality guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 29.

M. V. H., 3.

2. Support — Variation of spousal and child support — Objectives of spousal support and variation orders — Effects of inflation — Motions judge's award varied on appeal — Approach to be taken by appellate courts in reviewing spousal and child support orders — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(1), (4), (7), (8).

HICKEY V. HICKEY, 518.

3. Equal division of net family property — Defined benefit pension — Actuarial methods of valuing pension resulting in

**FAMILY LAW—Concluded**

widely differing values — Whether termination pro rata or termination value-added method better accords with the Family Law Act — Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, Preamble, ss. 4, 5, 9.

BEST V. BEST, 868.

---

**IMMIGRATION**

1. Humanitarian and compassionate considerations — Children's interests — Woman with Canadian-born dependent children ordered deported — Written application made on humanitarian and compassionate grounds for exemption to requirement that application for immigration be made abroad — Application denied without hearing or formal reasons — Whether procedural fairness violated — Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 82.1(1), 114(2) — Immigration Regulations, 1978, SOR/93-44, s. 2.1 — Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 3, 9, 12.

BAKER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 817.

2. Humanitarian and compassionate considerations — Standard of review of humanitarian and compassionate decision — Best interests of claimant's children — Approach to be taken in reviewing humanitarian and compassionate decision where children affected.

BAKER V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 817.

---

**INDIANS**

Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members "ordinarily resident on the reserve" entitled to vote in band elections — Whether legislation violating Charter equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).

CORBIERE V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS), 203.

---

**LABOUR LAW**

1. Labour disputes — Picketing — Leafleting — Union members distributing leaflets at secondary sites during labour dispute — Provincial labour relations code prohibiting picketing at secondary sites — Picketing defined broadly so as to include leafleting — Whether definition of picketing infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of

**LABOUR LAW—Concluded**

Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, c. 82, ss. 1(1), 65, 67.

U.F.C.W., LOCAL 1518 V. KMART CANADA LTD., 1083.

2. Labour disputes — Picketing — Leafleting — Union members distributing leaflets at secondary sites during labour dispute — Union members not trespassing or blocking vehicles — Whether leafleting activities prohibited — Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 5(4), 104(2).

ALLSCO BUILDING PRODUCTS LTD. V. U.F.C.W., LOCAL 1288P, 1136.

---

**SENTENCING**

Verdict — Jury instructed on murder and provocation — Accused convicted of manslaughter and sentenced to seven years' imprisonment — Whether provocation properly considered in reducing verdict of murder and as mitigating factor in determining sentence — Whether sentence fit and properly reflecting gravity of the offence and moral culpability of the accused — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 232, 687, 718.2.

R. V. STONE, 290.

---

**TORTS**

1. Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Child sexually abused while in residential care facility — Whether organization operating facility vicariously liable for employee's sexual assault of child — Whether non-profit employers should be exempted from liability.

BAZLEY V. CURRY, 534.

2. Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Children sexually abused by employee of boys' and girls' club — Most of assaults occurring at employee's home — Whether club vicariously liable for employee's sexual assault of children.

JACOBI V. GRIFFITHS, 570.

3. Negligence — Motor vehicle accident — Action by child for prenatal negligence against mother — Whether mother liable in tort for damages to her child arising from an alleged prenatal negligent act which injured her foetus.

DOBSON (LITIGATION GUARDIAN OF) V. DOBSON, 753.

---

# INDEX

## DÉTERMINATION DE LA PEINE

Verdict — Jury recevant des directives sur le meurtre et la provocation — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement — La provocation est-elle dûment prise en compte pour réduire un verdict de meurtre et est-elle considérée à bon droit comme un facteur atténuant au moment de déterminer la peine? — La peine est-elle indiquée et reflète-t-elle correctement la gravité de l'infraction et la culpabilité morale de l'accusé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 232, 687, 718.2.

R. C. STONE, 290.

---

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle du pouvoir discrétionnaire — Approche du contrôle de décisions discrétionnaires.

BAKER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 817.

2. Équité procédurale — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Les droits de participation accordés étaient-ils compatibles avec l'obligation d'équité procédurale? — Le défaut d'exposer les motifs de décision a-t-il enfreint les principes d'équité procédurale? — Y a-t-il une crainte raisonnable de partialité?

BAKER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 817.

---

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit à l'égalité — Définition de «conjoint» — Droit de demander des aliments conféré par la Loi sur le droit de la famille aux membres des couples de sexe différent non mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 29.

M. C. H., 3.

## DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

2. Charte des droits — Droits à l'égalité — Bandes indiennes — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative porte-t-elle atteinte aux droits garantis par l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).

CORBIERE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 203.

3. Charte des droits — Réparation — Droits à l'égalité garantis par la Charte violés par les dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à l'admissibilité à voter — La déclaration d'invalidité et la suspension de la prise d'effet de cette déclaration sont-elles la réparation qui convient? — La bande indienne qui a présenté la contestation fondée sur la Charte devrait-elle être exemptée de la suspension de la prise d'effet de la déclaration?

CORBIERE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 203.

4. Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Accusée inculpée en vertu du Code criminel d'avoir quitté les lieux d'un accident — Loi provinciale obligeant les personnes impliquées dans un accident de la circulation à faire une déclaration d'accident — Les déclarations de l'accusée faites en vertu de l'obligation de déclarer les accidents de la circulation sont-elles admissibles dans des procédures criminelles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1), (2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 252(1a) — Motor Vehicle Act, R.S.B.C. 1979, ch. 288, art. 61(1), (1.1), (7).

R. C. WHITE, 417.

5. Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

WINKO C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 625.

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

6. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

WINKO C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 625.

7. Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

BESE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 722.

8. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

BESE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 722.

9. Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

ORLOWSKI C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 733.

10. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

ORLOWSKI C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (FORENSIC PSYCHIATRIC INSTITUTE), 733.

11. Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficiences mentales — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions portent-elles atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

R. C. LEPAGE, 744.

12. Charte des droits — Justice fondamentale — Imprécision — Fardeau indu — Portée excessive — Verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prévu dans le Code criminel — Un accusé non responsable criminellement peut être libéré inconditionnellement, libéré sous réserve de modalités ou placé en détention — Les dispositions contreviennent-elles aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 672.54.

R. C. LEPAGE, 744.

13. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Rémunération des juges — Jugement de la Cour suprême exigeant que l'Alberta crée une commission de rémunération indépendante, efficace et objective — Requête visant à obtenir des directives pour statuer si l'Alberta est tenue de payer les frais raisonnables engagés par les juges pour participer aux travaux de la commission ou à des procédures connexes — Requête rejetée puisqu'elle ne découle pas de la mise en œuvre du jugement de la Cour.

R. C. CAMPBELL, 956.

14. Partage des pouvoirs — Prépondérance — Autorisation d'intenter une action en forclusion accordée en vertu d'une loi provinciale pendant une suspension des recours décrétée en vertu d'une loi fédérale — L'ordonnance rendue sous le régime de la loi provinciale et les poursuites subséquentes étaient-elles nulles par application de la théorie de la prépondérance fédérale? — Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales, C.P.L.M., ch. F15, art. 8(1), (4) — Loi sur l'examen de l'endettement agricole, L.R.C. (1985), ch. 25 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 23.

M & D FARM LTD. C. SOCIÉTÉ DU CRÉDIT AGRICOLE DU MANITOBA, 961.

15. Charte des droits — Droits à l'égalité — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l'application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

législatives contestées empêchent la formation d'une association d'employés indépendante pour les membres de la GRC — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.

DELISLE C. CANADA (SOUS-PROVOCUREUR GÉNÉRAL), 989.

16. Charte des droits — Liberté d'association — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l'application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures législatives contestées empêchent la formation d'une association d'employés indépendante pour les membres de la GRC et encouragent les pratiques déloyales de travail — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte à la liberté d'association? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.

DELISLE C. CANADA (SOUS-PROVOCUREUR GÉNÉRAL), 989.

17. Charte des droits — Liberté d'expression — Agent de la GRC contestant la constitutionnalité de mesures législatives soustrayant les membres de la GRC à l'application de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique et à la partie I du Code canadien du travail — Agent de la GRC alléguant que les mesures législatives contestées empêchent la formation d'une association d'employés indépendante pour les membres de la GRC — Les mesures législatives contestées portent-elle atteinte à la liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b) — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 2 «fonctionnaire» e) — Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 6.

DELISLE C. CANADA (SOUS-PROVOCUREUR GÉNÉRAL), 989.

18. Charte des droits — Liberté d'expression — Distribution de tracts à des lieux de travail secondaires par des membres d'un syndicat pendant un conflit de travail — Piquetage aux lieux de travail secondaires interdit par le code des relations de travail de la province — Piquetage défini en termes larges, de manière à englober la distribution de tracts — La définition de piquetage porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, ch. 82, art. 1(1), 65, 67.

T.U.A.C., SECTION LOCALE 1518 C. KMART CANADA LTD., 1083.

**DROIT CRIMINEL**

1. Moyens de défense — Automatismes avec aliénation mentale et sans aliénation mentale — Accusé tuant son épouse à la suite d'une présumée agression verbale de la part de cette dernière — Accusé reconnu coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à sept ans d'emprisonnement — L'accusé a-t-il droit à ce que l'une ou l'autre défense d'automatisme, ou les deux à la fois, soient soumises à l'appréciation du jury? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2, 16.

R. C. STONE, 290.

2. Preuve — Troubles mentaux — Déclarations protégées — Admissibilité — Accusé inculpé de diverses infractions d'ordre sexuel — Évaluation de l'état mental de l'accusé faite par un psychiatre — Témoignage de l'accusé au procès incompatible avec la déclaration protégée qu'il a faite au psychiatre — Code criminel prévoyant l'admissibilité d'une déclaration protégée dans un tel cas pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé — Déclaration protégée liée à une déclaration extrajudiciaire faite à la police et déclarée inadmissible au début du procès — La déclaration protégée est-elle également inadmissible? — Dans l'affirmative, peut-elle être utilisée pour attaquer la crédibilité de l'accusé? — Interprétation de l'art. 672.21(3)f) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

R. C. G. (B.), 475.

**DROIT DE LA FAMILLE**

1. Obligation alimentaire entre conjoints — Définition de «conjoint» — Droit de demander des aliments conféré par la Loi sur le droit de la famille aux membres des couples de sexe différent non mariés — L'omission de conférer les mêmes droits aux membres des couples de même sexe porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 29.

M. C. H., 3.

2. Pension alimentaire — Modification de la pension alimentaire du conjoint et des enfants — Objectifs des ordonnances alimentaires rendues au profit du conjoint et des ordonnances modificatives — Effets de l'inflation — Modification en appel de l'ordonnance alimentaire rendue par le juge saisi de la requête — Approche que doivent adopter les cours d'appel appelées à réviser les ordonnances alimentaires au profit du conjoint et des enfants — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 17(1), (4), (7), (8).

HICKEY C. HICKEY, 518.

3. Partage égal des biens familiaux nets — Pensions à prestations déterminées — Méthodes actuarielles de détermination de la valeur de la pension donnant des résultats très différents — Laquelle de la méthode au prorata ou de la méthode de la valeur ajoutée s'accorde le mieux avec la Loi sur le droit de la famille? —

**DROIT DE LA FAMILLE—Fin**

Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, préambule, art. 4, 5, 9.

BEST C. BEST, 868.

**DROIT DU TRAVAIL**

1. Conflits de travail — Piquetage — Distribution de tracts — Distribution de tracts à des lieux de travail secondaires par des membres d'un syndicat pendant un conflit de travail — Piquetage aux lieux de travail secondaires interdit par le code des relations de travail de la province — Piquetage défini en termes larges, de manière à englober la distribution de tracts — La définition de piquetage porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Labour Relations Code, S.B.C. 1992, ch. 82, art. 1(1), 65, 67.

T.U.A.C., SECTION LOCALE 1518 C. KMART CANADA LTD, 1083.

2. Conflits de travail — Piquetage — Distribution de tracts — Distribution de tracts à des lieux secondaires par des membres d'un syndicat pendant un conflit de travail — Les membres du syndicat n'ont commis aucune intrusion ni bloqué le passage aux véhicules — Les activités de distribution de tracts sont-elles interdites? — Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 5(4), 104(2).

ALLSCO BUILDING PRODUCTS LTD. C. T.U.A.C., SECTION LOCALE 1288P, 1136.

**EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ**

1. Responsabilité de l'employeur — Délit intentionnel d'un employé — Enfant agressé sexuellement alors qu'il était traité dans un établissement de soins pour bénéficiaires internes — La responsabilité du fait d'autrui de l'organisme qui exploite l'établissement en cause est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de son employé?

BAZLEY C. CURRY, 534.

2. Responsabilité de l'employeur — Délit intentionnel d'un employé — Enfants agressés sexuellement par un employé d'un club de jeunes garçons et de jeunes filles — Agressions survenues en majeure partie au domicile de l'employé — La responsabilité du fait d'autrui du club est-elle engagée en raison de la conduite délictueuse de l'employé?

JACOBI C. GRIFFITHS, 570.

**IMMIGRATION**

1. Raisons d'ordre humanitaire — Intérêts des enfants — Mesure d'expulsion contre une mère d'enfants nés au Canada — Demande écrite fondée sur des raisons d'ordre humanitaire sollicitant une dispense de l'exigence de présenter à l'extérieur du Canada une demande d'immigration — Demande rejetée sans audience ni motifs écrits — Y a-t-il eu violation de l'équité procédurale? — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 82.1(1), 114(2) — Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/93-44, art. 2.1 — Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3, 9, 12.

BAKER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 817.

2. Raisons d'ordre humanitaire — Norme de contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire — Intérêt supérieur des enfants de la demanderesse — Approche du contrôle d'une décision fondée sur des raisons d'ordre humanitaire touchant des enfants.

BAKER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 817.

**INDIENS**

Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative viole-t-elle les droits à l'égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).

CORBIERE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 203.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

1. Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfant agressé sexuellement alors qu'il était traité dans un établissement de soins pour bénéficiaires internes — La responsabilité du fait d'autrui de l'organisme qui exploite l'établissement en cause est-elle engagée en raison de l'agression sexuelle d'un enfant par son employé? — L'employeur qui est un organisme sans but lucratif devrait-il être exonéré de toute responsabilité?

BAZLEY C. CURRY, 534.

2. Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Enfants agressés sexuellement par un employé d'un club de jeunes garçons et de jeunes filles — Agressions survenues en majeure partie au domicile de l'employé — La

**RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin**

responsabilité du fait d'autrui du club est-elle engagée en raison de l'agression sexuelle d'enfants par l'employé?

JACOBI C. GRIFFITHS, 570.

3. Négligence — Accident de la route — Action intentée par un enfant contre sa mère pour négligence commise avant la naissance — La mère doit-elle être tenue délictuellement responsable du dommage subi par son enfant en raison de la négligence dont elle aurait fait preuve avant la naissance laquelle a causé un préjudice au fœtus qu'elle portait?

DOBSON (TUTEUR À L'INSTANCE DE) C. DOBSON, 753.

**TRIBUNAUX**

1. Cour suprême du Canada — Compétence — Questions constitutionnelles — Pouvoir de la Cour de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d'invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions.

CORBIERE C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 203.

2. Production de documents — Privilège — Document de la défense mentionné lors des remarques préliminaires — Ordonnance de production du document au ministère public — La production a-t-elle été ordonnée à juste titre? — Une erreur judiciaire a-t-elle résulté de l'ordonnance de production?

R. C. STONE, 290.

**TRIBUNAUX—Fin**

3. Contrôle en appel — Certification, par le juge siégeant en contrôle judiciaire, d'une question à soumettre à la Cour d'appel — Effet juridique d'une question certifiée — Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1).

BAKER C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION), 817.

4. Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Rémunération des juges — Jugement de la Cour suprême exigeant que l'Alberta crée une commission de rémunération indépendante, efficace et objective — Requête visant à obtenir des directives pour statuer si l'Alberta est tenue de payer les frais raisonnables engagés par les juges pour participer aux travaux de la commission ou à des procédures connexes — Requête rejetée puisqu'elle ne découle pas de la mise en œuvre du jugement de la Cour.

R. C. CAMPBELL, 956.



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government  
Services Canada -- Publishing  
45 Sacré-Cœur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Cœur,  
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9